Fortdauer der Bürgenhaftung bei gesetzlicher Verlängerung des Mietvertrages gemäß § 568 BGB. infolge Gebrauchsfortsetzung auch durch die Erben des Mieters.

Natur der gesetzlichen Verlängerung von Mietverträgen und die Fassung des § 568 BGB. als Fiktion.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Hans Buchholtz
Gerichtsreferendar aus Magdeburg.

Marburg 1934

Th. Rößner, Buchdruckerei und Verlag, Merseburg.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 4. Mai 1933.
Berichterstatter: Professor Dr. jur. Dr. phil. Erich Jung.
Mitglied der Akademie für Deutsches Recht.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Vorbemerkung.

Die Entscheidung der Frage der Fortdauer der Bürgenhaftung hängt von der Auslegung der Vorschrift des § 568 BGB. über die gesetzliche Verlängerung des Mietvertrages ab. Diese Vorschrift wirkt sich im wesentlichen zum Schutz des Vermieters aus. Sie war durch die Mieterschutzgesetzgebung der Nachkriegszeit fast außer Kraft gesetzt. Die im Zusammenhang mit der Aufhebung der Zwangswirtschaft eingeleitete Beseitigung der Mieterschutzgesetzgebung bedeutet eine Rückkehr zu den Grundsätzen der freien Privatwirtschaft. Jedoch bedürfen deren Vorschriften nach der Beseitigung der Zwangswirtschaft heute einer besonders klaren Auslegung nach sozialen Gesichtspunkten. Deshalb darf man auch die Vermieterschutzvorschrift des § 568 BGB. nicht einseitig auslegen. Es soll die Hauptaufgabe dieser Arbeit sein, die Rechtsanwendung dieser vielumstrittenen Vorschrift zu fördern. Dabei soll besonders auf die verschiedenen Arten der Verlängerung von Verträgen und auf die praktische Bedeutung der gesetzlichen Verlängerung eingegangen werden, sowie die Frage behandelt werden, ob die Fassung der Vorschrift als Fiktion mit ihrem Zweck, einen Rechtssatz über gesetzliche Verlängerung aufzustellen, vereinbar ist.

Gliederung.

1. **Kapitel:** Nach dem Bürgschaftsvertrag haftet der Bürge des Mieters für alle Verbindlichkeiten aus dem von dem Mieter abgeschlossenen Mietvertrage. Eine Weiterhaftung des Bürgen nach dem Tode des Mieters und nach der Beendigung des Mietvertrages setzt daher eine Ausdehnung des alten Mietvertrages voraus.

2. **Kapitel:** Die Fortsetzung von Mietverträgen durch Erben im praktischen Rechtsleben.

3. **Kapitel:** Die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift des § 568 BGB. auf den Fall der Fortsetzung der Miete durch Erben des Mieters nach zwei Fragen gegliedert:

Wann kommt eine Verlängerung in Betracht? — Nach einer regelmäßigen oder außerordentlichen Beendigung des Mietvertrages.

Wer kann Subjekt der Verlängerungshandlung sein? — Nicht nur der Mieter persönlich, sondern wegen der Natur des Mietvertrages als Dauerverhältnis jede Mietpartei vor der Beendigung und nach dem Tode des Mieters, entsprechend der Regelung des Eintritts der Erben, die Erbengemeinschaft, jedoch mit einer Begrenzung des Wohnrechts auf den Umfang vor der Beendigung.

4. **Kapitel:** Die Natur der gesetzlichen Verlängerung des Mietvertrages und die Fassung des § 568 BGB. als Fiktion.

1. Abschnitt.

Die Ansichten der Literatur und Rechtsprechung.

Die Fassung der gesetzlichen Vorschrift hat in der Literatur Anlaß gegeben, die Rechtsfolgen der Verlängerung nach der dem Rechtsleben bekannten vertraglichen Verlängerung zu bestimmen und in der Vorschrift eine Vermutung einer solchen vertraglichen Verlängerung zu sehen. Andere Vertreter halten die Bestimmung für eine echte Fiktion, die zwingend die Rechtsfolgen einer rechtsgeschäftlichen Verlängerung anordne oder für eine unechte Fiktion, die die Dauer des alten Mietvertrages auf gesetzlichem Wege ausdehnen soll. Das Reichsgericht behandelt die Fälle der Verlängerung auf Grund einer Verlängerungsklausel, die mit der gesetzlichen Verlängerung zweckidentisch sind, als Vertragserneuerung.

2. Abschnitt.

Das Zustandekommen der gesetzlichen Verlängerung und der Verlängerung auf Grund der Vertragsklauseln im Gegensatz zu der vertraglichen Verlängerung und die Kritik gegenüber Rechtsprechung und Literatur.

Die gesetzliche Verlängerung und die Verlängerung auf Grund der Vertragsklauseln ist in zwingender Weise vom Gesetz bzw. vom alten Vertrage angeordnet und ist nicht als stillschweigende Vertragserneuerung zu deuten. Deshalb handelt es sich bei unserer Vorschrift keineswegs um die Vermutung einer rechtsgeschäftlichen Verlängerung. Die Vorschrift stellt vielmehr ihrer Fassung nach eine Fiktion dar, die die Rechtsfolgen einer Verlängerung zwingend anordnet. Man sollte deshalb statt von der im allgemeinen Sprachgebrauch üblichen stillschweigenden Verlängerung lieber von einer gesetzlichen Verlängerung reden. Es handelt sich hier um einen Rechtssatz über gesetzliche Verlängerung des Mietvertrages, die sich in ihren Voraussetzungen als Rechtshandlung darstellt.

3. Abschnitt.

Die Rechtsfolgen der gesetzlichen Verlängerung im Gegensatz zu der vertraglichen Verlängerung und die Kritik gegenüber der Literatur.

Gegenüberstellung der Rechtsfolgen der gesetzlichen Verlängerung im römischen und gemeinen Recht und in unserem heutigen Recht. Da eine Rechtsregel über die Verlängerung von Verträgen unserem Rechtsleben außerhalb unserer gesetzlichen Vorschrift unbekannt ist, ist die Fassung unserer Vorschrift als Fiktion unberechtigt und für die Bestimmung der Rechtsfolgen nicht maßgebend. Die Rechtsfolgen bestimmen sich vielmehr nach dem Zweck dieser Verlängerung und der Art ihres Zustandekommens als Vertragsausdehnung.

5. Kapitel: Infolge dieser Vertragsausdehnung haftet der Bürge des Mieters auch für die nach der Verlängerung entstehenden Mietschulden. Dies entspricht der Schutzvorschrift des § 767 BGB., nach der nur eine Haftungserweiterung des Bürgen durch Rechtsgeschäfte unzulässig ist.

6. Kapitel: Unsere Bestimmung über die gesetzliche Verlängerung des Mietvertrages erscheint nach der Stellung im System und bei der Kollision mit der Schadensersatzvorschrift des § 557 BGB. als **Ausnahmebestimmung zur Beendigung des Mietvertrages.**

Schrifttum.

Arnold: Wohnungsmiete. 1902.
Becker: Festgabe. „Zur Lehre von den Fiktionen" von Bernhöft. 1907.
Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. II. 1883.
Biermann: Bürgerliches Recht. I. Bd. 1907.
Breit: Die Geschäftsfähigkeit. 1903.
Brückner: Miete. 2. Aufl.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1922.
Crome: System des Bürgerlichen Rechts. 1909.
Danz: Auslegung und Willenserklärung. 1911. In Iherings Jahrb. 54, 33 über „Fiktion". In Iherings Jahrb. 46, 430 über „Rechtsfolgeirrtum".
Dernburg: Das Bürgerliche Recht. 1911.
Ehrlich: Stillschweigende Willenserklärung. 1893.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit. I. Bd. 1903.
Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1908.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Von Nipperdey, 1931. Bd. V: Erbrecht von Kipp, 1930.
Fischer-Henle: Bürgerliches Recht. 1932.
Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft. 1927.
— Die Vermutung. 1904.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929.
— Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914. In: Arch. ziv. Pr. 112.
— Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. 1932.
Hellwig: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. II. 1907.
Henle: Vorstellungs- und Willenstheorie. 1910.
Hertel: Gesetzliche Miete. 1925.
Hölder: In Iherings Jahrb. 55, 423.
Ihering: Geist des römischen Rechts. III. 1865.
Jung: Bürgerl. Recht. In: „Das ges. deutsche Recht" von Stammler. 1931.
— Positives Recht. 1907.
— Das Problem des natürlichen Rechts. 1912.
Klein: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. 1912.
— In: Arch. Bürg. Recht. Bd. 33, S. 246. In: Seuff. Bl. 76, S. 512.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1906.
Lehmann: Allgemeiner Teil. 1928.
Leonhard, F.: Schuldrecht. Bd. I, 1927; Bd. II, 1931.
Lilienthal: Tod des Mieters in Mietfragen. Bd. XI.
Manigk: Irrtum und Auslegung. 1918.
— Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Mittelstein: Die Miete. 1932.
Niendorf: Mietrecht. 1914.
Nußbaum: Rechtstatsachenforschung. 1914.
— In: Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 42, S. 136.
Oertmann: Kommentar. I. Teil, 1927; II. Teil, 1929.
— Rechtsordnung und Verkehrssitte. 1914.
Planck, Kommentar. II. Teil, 1928; V. Teil, 1930, Erbrecht.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1928.
Ruth: Das Mietrecht. 1926.
Schneider: Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung. In: Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 42.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB. I, II, V. 1928.
Titze: Lehre vom Mißverständnis.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I und II. 1914.
Wendt: In: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92, S. 244.

Mietzeitschriften.

Deutsches Mietrecht. Organ des Reichsverbandes der Miet- und Wohnrechtspfleger. Von G. Brumby.
Gramse, B.: Die Rechtsprechung in Miet- und Wohnungsfragen. Verlag: Reichsmieterdienst, Berlin-Zehlendorf.
Grundstückswarte. Organ für Wohn- und Hausbesitz. Verlag: Rosenthal & Drews, Berlin.

Ausgangspunkt unserer Untersuchungen ist folgender praktischer Fall:

Nach dem Tode eines Mieters wird von allen Erben gekündigt, jedoch bleiben die familienangehörigen Erben in der Wohnung, ohne Mietzinsen zu bezahlen. Der Bürge des Erblassers wird in Anspruch genommen.

1. Kapitel.

Der Bürgschaftsvertrag.

Der Bürgschaftsvertrag zwischen dem Erblasser und dem Bürgen begründete die einseitige Verpflichtung des Bürgen, für die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrage des Erblassers einzustehen. Gemäß § 765 Abs. 1 BGB. ist die Bürgschaftsschuld nach Bestand und Umfang von der Hauptschuld, für die man sich verbürgt, abhängig. Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages ist aber notwendig, daß Inhalt und Umfang der Bürgschaftsschuld aus der Bürgschaftsurkunde mit Bestimmtheit hervorgeht; denn die für die Bestimmung des Inhalts und Umfangs maßgebende Vorschrift des § 766 BGB. ist als Schutzvorschrift für den Bürgen eng auszulegen.

Diese Ansicht ist jedoch nicht allgemein anerkannt. Literatur und Rechtsprechung sind sich nicht einig, ob der Inhalt und Umfang nur aus der Urkunde zu ermitteln sei, oder ob auch formlose Erklärungen mit heranzuziehen seien.

So begnügen sich einige Vertreter[1]) damit, daß der in der Urkunde gebrauchte sprachliche Ausdruck das noch erkennen lassen müsse, was gemeint sei, oder daß der Sinn der Verpflichtung in der Urkunde irgendwie zum Ausdruck gekommen sein müsse.[2]) Auch wollen einige Reichsgerichtsentscheidungen [3]) zur Bestimmung des Inhalts der Verpflichtung außerhalb der Urkunde liegende Umstände heranziehen.

Im Gegensatz hierzu fordern andere Vertreter in der Literatur,[4]) daß aus der Urkunde mit Bestimmtheit hervorgehen müsse, für welche Verbindlichkeit die Verpflichtung eingegangen wird, und daß der Schriftform nicht genügt sei, wenn die Hauptschuld nur mit Hilfe von Umständen außerhalb der Urkunde ermittelt werden könne. Sie betonen, daß man bei formgebundenen Erklärungen zur Bestimmung des Inhalts der Verpflichtung nicht

---

[1]) Enneccerus, § 411 Anm. 8, Crome, § 295, Dernburg. § 385.
[2]) Manigk, Will.-Erkl. S. 160 u. Irrtum S. 201 Anm. 2.
[3]) RGE.: 59, 218 u. 62, 175.
[4]) Staudinger, § 766 Anm. 1 b.

formlose Erklärungen heranziehen dürfe, und daß bei der Bürgschaft alle dem Warnungszweck dienenden Angaben aus der Urkunde selbst erkennbar sein müßten und nur die dem Feststellungszweck dienenden Angaben außerhalb der Urkunde ermittelt werden dürften, um die Urkunde nicht aus unwichtigem Grunde nichtig zu machen.[5])

Ähnlich ist die überwiegende Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der die Frage der Bezugnahme auf äußere Umstände nach dem Wesen und Zweck der Formvorschrift zu entscheiden ist und der konkrete rechtsgeschäftliche Inhalt aus der Urkunde selbst hervorgehen muß.[6]).

Nach unserer Auffassung dient die hier durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform dem Warnungszweck. Deshalb muß man verlangen, daß nicht nur der Wille, überhaupt für eine fremde Schuld einzustehen, also das Wesen einer Bürgschaft, sondern auch Betrag (Umfang) und Rechtsgrund (Inhalt) dieser fremden Schuld unmittelbar aus der Urkunde mit Bestimmtheit hervorgehen, um die Bürgschaftsverpflichtung nicht wegen Formmangels gemäß §§ 125, 139 BGB. nichtig zu machen. In diesem Sinne wollen wir unserer Untersuchung eine Bürgschaftsurkunde zugrunde legen, aus der sich der Normalumfang einer Bürgschaftsschuld, nämlich eine Haftung des Bürgen für alle Schulden aus dem von dem Erblasser abgeschlossenen Mietvertrage mit Bestimmtheit ergibt.

Auf Grund einer solchen Bürgschaftsverpflichtung kommt eine Fortdauer der Bürgenhaftung in unserem Fall der Fortsetzung des Mietverhältnisses durch die Erben des Mieters daher nur in Frage, wenn die Mietschulden der Erben Schulden aus dem alten Mietvertrage darstellen. Das wäre nur möglich, wenn die Fortsetzung des Mietverhältnisses nach der gesetzlichen Vorschrift eine Ausdehnung des alten Vertrages bewirkt.

2. Kapitel.

Die Fortsetzung des Mietverhältnisses durch Erben im praktischen Rechtsleben.

Eine Fortsetzung des Mietverhältnisses durch die Erben läßt sich praktisch in verschiedenen Formen denken. Die häufigste Art ist die, daß die Erben nach Aufforderung des Vermieters den alten Vertrag an Stelle des Erblassers unterzeichnen werden. Darin wäre eine Kündigung des alten Vertrages gemäß § 569 BGB. und der Abschluß eines neuen Vertrages zu gleichen Bedingungen zu erblicken. Hierbei ist ohne weiteres zu ersehen, daß es sich um einen neuen Vertrag handeln würde und daher die

[5]) Leonhard, Arch. f. ziv. Prax. 120, 14 u. 141 ff.
[6]) RGE.: 57, 258 u. 71, 115 u. 62, 379 u. 82, 71 und Recht 07, 2017 u. 745.

Bürgenhaftung mit der Beendigung des alten Vertrages erloschen wäre. Es wäre deshalb nur die Begründung einer neuen Bürgschaftsschuld möglich. Ein derartig einfacher Fall liegt unserer Untersuchung nicht zugrunde.

Eine zweite Art der Fortsetzung stellt die Fortsetzung auf Grund einer Verlängerungsklausel dar. Die Unterbringung derartiger Klauseln in Verträgen wird zuerst in Preußen in den Stempelsteuergesetzen von 1822 und 1895 erwähnt.[1]) Im Reichsrecht werden diese Verlängerungsklauseln erst seit 1908 üblich.[2]) Danach würde der Mietvertrag, wenn die Mietzeit nach dem Tode des Erblassers oder später abläuft und die Erben nicht kündigen, auf gewisse Zeit fortlaufen. Hier wäre bestritten, ob es sich dabei um eine Ausdehnung des alten Vertrages oder um eine wirkliche Vertragserneuerung, die der Klausel die Bedeutung eines Vorvertrages beilegen würde, handelt. Darüber ist noch bei Bestimmung der Rechtsfolgen des § 568 genauer zu reden.

Bei dem unserer Untersuchung zugrunde liegenden Fall soll jedoch vertraglich keine Verlängerung vorgesehen sein. Vielmehr soll angenommen werden, daß alle Erben, schon aus Vorsichtsgründen, darüber einig waren, den alten Mietvertrag zu kündigen, und daß eine solche Kündigung gemäß § 569 gültig erfolgt ist. Inzwischen hat sich aber herausgestellt, daß die familienangehörigen Erben in der Wohnung bleiben wollen. Dies wird sehr häufig dann vorkommen, wenn diese Erben noch keine neue Wohnung gefunden haben und der Vermieter, der für selbstverständlich hält, daß die alte Miete solange weitergezahlt wird, keinen Widerspruch erhoben hat. Bei einer solchen außerordentlichen Beendigung wird im allgemeinen eine Fortsetzung im Sinne des § 568 viel häufiger sein als bei der ordentlichen Beendigung durch Ablauf der Mietzeit; denn bei dieser ist genügend Zeit zur Überlegung und wird meist vor Ablauf eine Regelung getroffen sein. Dagegen wird bei einem Todesfall, wo die Verhältnisse unübersichtlich sind, oft aus Vorsicht gekündigt werden und dann der Gebrauch der Mietwohnung doch noch fortgesetzt werden.

Zu der Kündigung ist noch zu sagen, daß bei Uneinigkeit unter den Erben bezüglich der Beendigung des alten Vertrages der Teil der Erben, der etwa aus gesetzlichen Gründen wegen Überlastung der Wohnung ausziehen muß,[3]) eine Zustimmung der übrigen Erben zur gemeinsamen Kündigung gemäß § 894 ZPO. erzwingen kann. Ein Auszug dieses Teiles der Erben wäre zur Beendigung nämlich nicht ausreichend. Das den Erben beim Tode des Erblassers gemäß § 569 BGB. gewährte Kündigungsrecht

---

[1]) Stempelsteuergesetz von 1822 (GS. S. 57). VO. von 1867 (GS. S. 1191), L.-StGes. von 1895.

[2]) Ges. über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 1908 § 8.

[3]) Hertel, S. 124.

bedarf zur Verwirklichung gemäß § 2032 ff. BGB. einer gemeinsamen Vornahme durch alle Erben. Wenn es sich hierbei auch um eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel handelte, würde eine Kündigung als Verfügung gemäß § 2040 BGB. nur gemeinschaftlich vorgenommen werden können.[4] Der Einwand, eine Verfügung hier deshalb abzulehnen, weil doch gerade eine Befreiung des Nachlasses herbeigeführt werden soll, ist abwegig; denn die Kündigung eines gegenseitigen Vertrages enthält immer zum Teil ein Opfer. Genauer handelt es sich hierbei um ein Gestaltungsrecht mit zweischneidiger Verfügungsmacht,[5] so daß auch der Empfänger der Kündigungserklärung verfügungsfähig sein muß. Dies ist für die Fälle bedeutsam, wo die Beendigung des Mietvertrages vom Vermieter ausgeht.

In dem unserer Untersuchung zugrunde liegenden Fall wollen wir annehmen, daß die Erben den alten Mietvertrag in vollem Einverständnis durch gemeinsame Kündigung beendigt haben, danach jedoch die zur Familie des Erblassers gehörigen Erben längere Zeit in der Wohnung bleiben, ohne daß der Vermieter widerspricht. Während dieser Zeit sind die Erben außerstande, die Mietzinsen zu bezahlen, und daher wird der alte Bürge vom Vermieter in Anspruch genommen.

3. Kapitel.

Anwendung der gesetzlichen Vorschrift des § 568 BGB. auf unseren zugrunde liegenden Fall.

Eine Bürgenhaftung kommt hier nur dann in Frage, wenn die Gebrauchsfortsetzung durch die zur Familie gehörigen Erben einen Anwendungsfall der gesetzlichen Verlängerung der Miete gemäß § 568 BGB. darstellt und eine solche Verlängerung die Ausdehnung des alten Vertrages bedeutet. Die erste Aufgabe der Rechtsanwendung auf unseren Fall besteht deshalb in dessen Unterordnung unter die gesetzliche Bestimmung, in der ausdrücklich nur von einer Fortsetzung durch den Mieter nach Ablauf der Mietzeit die Rede ist.

Aus der Beschränkung auf den Fall der ordentlichen Beendigung durch Ablauf der Mietzeit ist jedoch keine absichtliche Ausscheidung der übrigen Fälle der Beendigung zu entnehmen. Dies würde dem Zweck der Vorschrift nicht entsprechen [1]) und ihr nach unseren obigen Ausführungen die Hauptanwendungsfähigkeit nehmen. Es dürfte keinen Unterschied machen, ob die Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung oder durch Ablauf der Mietzeit eintritt; denn es ist zweckmäßig, alle Fälle der Beendigung hier gleich zu behandeln. Eine ähnliche Vorschrift, nämlich die des § 557 BGB. über die Schadensersatzpflicht, hat der Gesetzgeber vorteilhafter gefaßt. Dort

---

[4]) Leonhard, Schuldrecht I S. 239 u. S. 406 u. Jh. Jahrb. 41, 62. Staudinger, § 1959 Anm. 3a u. § 2040 Anm. 1. Kipp, Erbrecht, § 82.
[5]) Sohm, der Gegenstand S. 11.
[1]) Motive II S. 414.

spricht er allgemein von der Beendigung des Mietverhältnisses. Da diese beiden Vorschriften sich insofern ergänzen, als die Schadensersatzvorschrift hilfsweise eintritt, falls die schwereren Voraussetzungen einer Verlängerung nicht erfüllt sind, wäre es unverständlich, die weitergehende Vorschrift über die Verlängerung auf einzelne Fälle der Beendigung zu beschränken. Sachlich ist also der § 568 so zu behandeln, daß alle Fälle der Beendigung darunter fallen.[2])

Wenn der Gesetzgeber weiterhin von einer Fortsetzung des Gebrauchs der Mietwohnung durch „den Mieter" spricht, ist damit keineswegs eine Beschränkung auf die Person des ursprünglichen Mieters beabsichtigt, was für den Bürgen besonders wichtig ist. Vielmehr muß man gerade die Bürgen eines Mieters darauf hinweisen, daß man es bei dem Mietvertrage mit einem Dauerschuldverhältnis zu tun hat, und daß der Mietvertrag nicht durch den Tod des Mieters endet. Mit Rücksicht auf die Vorschriften über den Eintritt der Erben in die Vertragsverhältnisse eines Erblassers gemäß § 1922 BGB. ist es daher ohne weiteres gegeben, daß die Erben auch bezüglich der Fortsetzung des Mietverhältnisses als Mietpartei anzusehen sind und den Mietvertrag nach dessen Beendigung durch Weitergebrauch der Mietwohnung verlängern können, so daß bei zeitlich nicht begrenzter Bürgschaft der Bürge weiter haften würde.

Jedoch hat die Anwendung der Vorschrift über die gesetzliche Verlängerung auf den Fall des Eintritts von Erben besondere Schwierigkeiten insofern, als man eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht durch alle Erben zulassen kann, was in der Literatur zu wenig beachtet wird. Hier wird man den Zusammenhang mit den den Erben innerhalb des Mietrechts sonst gegebenen Rechten und mit der Regelung des Eintritts der Erben im allgemeinen berücksichtigen müssen, um die Frage beantworten zu können, in welcher Weise die Erben das Mietverhältnis fortsetzen können. Wenn man dabei von dem den Erben gemäß § 569 BGB. gewährten Kündigungsrecht ausgeht, liegt es zunächst nahe, ihnen auch eine gemeinsame Fortsetzung des Mietverhältnisses zu gestatten. Der Zusammenhang mit der dort geregelten Beendigung des Mietverhältnisses durch die Erben ergibt sich auch daraus, daß die Fortsetzung des Mietverhältnisses nur an eine Beendigung desselben angeschlossen werden kann. Gerade deshalb ist man geneigt, die Erben, die sozusagen durch § 569 BGB. in das Stadium der Beendigung eingeschaltet sind, nun auch zu dem weiteren Stadium der Fortsetzung zuzulassen. Man darf auch nicht vergessen, daß gerade die Ge-

---

[2]) Oertmann, § 568 Erl. 1. Planck, Bem. 1. Mittelstein, S. 357.

währung dieses außerordentlichen Kündigungsrechtes die Frage der Fortsetzung durch Erben besonders praktisch macht, was ich im zweiten Kapitel feststellte. Und trotzdem erscheint es bedenklich, allen Erben entsprechend dem Kündigungsrecht ein Fortsetzungsrecht zu gewähren. Hier wird uns die genaue Beachtung der Vorschriften über den Eintritt der Erben sowie die Tatsache, daß der Gesetzgeber von einer Fortsetzung durch „die alte Mietpartei" spricht, zu einer Lösung führen. Es ergibt sich nämlich dabei, daß das Eintrittsrecht der Erben im Rahmen des Mietrechts des Erblassers beschränkt ist, und daß dem Vermieter durch die Erbfolge keine stärkere Belastung infolge etwaiger größerer Ausnutzung der Wohnung entstehen darf. Wenn das Gesetz davon spricht, daß der Mieter den Gebrauch der Mietsache fortsetzt, muß man nach dem Prinzip der Rechtssicherheit bei der Rechtsanwendung [3]) für den Fall der Fortsetzung durch Erben fordern, daß die Erben die ihnen überlassene Wohnung nicht mehr ausnutzen, als es dem Erblasser im Rahmen des alten Vertrages gestattet war. Die hier bei der Erbfolge geforderte Beschränkung des Wohnrechts auf den früheren Umfang erfordert nun aber nicht, daß notwendig nur die zum alten Hausstand gehörigen Erben für den Eintritt in Frage kommen. Die Erbengemeinschaft soll in dieselben Rechte eintreten, die dem Erblasser zustanden. Rechtlich handelt es sich bei diesem Eintritt der Erben bezüglich des Wohnrechts um eine Gesamthandsgläubigerschaft gemäß §§ 2032 und 2039 BGB. Dem Vermieter steht als Mietpartei also die Erbengemeinschaft gegenüber. Dabei ergibt sich aber aus § 1922 in Verbindung mit § 568 BGB., daß nur eine möglichst gleiche Anzahl von Erben, wie vorher Familienmitglieder waren, für die Ausnutzung des Wohnrechts in Frage kommt.

Es fragt sich nun, ob neben einer räumlichen Beschränkung des Wohnrechts auf den alten Umfang wegen der Hervorhebung der alten Mietpartei nicht auch finanzielle Interessen des Vermieters berücksichtigt werden sollten. Dies bestätigt vor allem eine nachher zu behandelnde Entscheidung des Reichsgerichts.[4]) Eine Auslegung des Gesetzestextes, die zur Unterordnung unseres Falles erforderlich ist, kann derartige Interessen auch dann berücksichtigen, wenn der Gesetzgeber selbst nicht daran gedacht hat.[5]) Dies Interesse des Vermieters kann sich auf eine annähernd gleiche Leistungsfähigkeit der fortsetzenden Mietpartei richten.

---

[3]) Stampe, Freirechtsbewegung 1911 S. 30.
[4]) In JW. 1915, 193.
[5]) Jung, S. 477 u. Heck, S. 85.

Für diese Frage der gleichen Leistungsfähigkeit ist von besonderer Bedeutung, ob sich die nach Beendigung des Vertrages durch die Gebrauchsfortsetzung entstehenden Mietschulden als Nachlaßschulden oder als persönliche Schulden der Erben darstellen, was davon abhängt, ob man in der Verlängerung eine Vertragsausdehnung oder Vertragserneuerung erblickt. Würde es sich bei der Verlängerung gemäß § 568 BGB. um eine Ausdehnung des alten Vertrages handeln, dann würden die Schulden aus dem verlängerten Mietvertrage Nachlaßverbindlichkeiten gemäß § 1967 Abs. 2 BGB. als vom Erblasser herrührende Schulden darstellen. Das Interesse des Vermieters wäre dann voll gewahrt, da die Schulden aus derselben Vermögensmasse zu bezahlen wären. — Wenn sich die Verlängerung dagegen als Vertragserneuerung darstellt, verlangt das Interesse des Vermieters besondere Berücksichtigung, nicht zuletzt, weil dann alle alten Garantien aufhören würden. Eine Identität der Leistungsfähigkeit kann man allerdings schon deshalb nicht fordern, weil sich bei einem Dauerverhältnis wie dem Mietvertrage die Vermögensverhältnisse auch ohne einen Wechsel der Person ändern können, ohne daß dies den Bestand des Vertrages beeinträchtigt. Jedoch kann man eine annähernd gleiche Leistungsfähigkeit verlangen, weil der Gesetzgeber von einer Fortsetzung durch die alte Mietpartei spricht. Einem solchen Interesse des Vermieters wäre Genüge getan, wenn bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nur den nächsten, also meist den familienangehörigen Erben das Wohnrecht als Anteil übertragen würde; denn denen fällt der Nachlaß in erster Linie zu. All diese Schwierigkeiten wegen der Leistungsfähigkeit fallen bei der Auffassung der Verlängerung als Vertragsausdehnung weg, weil dann die Mietschulden aus dem Nachlaß zu zahlen sind. Der Gesetzgeber kann bei dieser Forderung einer annähernd gleichen Leistungsfähigkeit auch nur die Tatsache der gesetzlichen Erbfolge berücksichtigen. Bei einer Fortsetzung des Mietverhältnisses durch die familienangehörigen Erben, wie in unserem zugrunde liegenden Fall wäre einer solchen Forderung daher Genüge getan.

Das Hauptgewicht wurde bisher auf die Berücksichtigung der Interessen des Vermieters gelegt. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß es sich hier um eine Vermieterschutzvorschrift handelt. Da unsere Vorschrift aber nicht wie die Schadensersatzvorschrift des § 557 BGB. nur Schadensersatz, sondern das Fortlaufen des gesamten Mietvertrages anordnet, darf man auch die Interessen der

Mieterseite nicht vernachlässigen. Hier muß man entsprechend der Beschränkung des Wohnrechts eine gewisse Ausnutzung des Wohnrechts in demselben Rahmen wie vor der Beendigung verlangen, um zu verhindern, daß sich eine Erbengemeinschaft plötzlich vor die Tatsache der Verlängerung gestellt sieht, weil etwa wenige Erben den Gebrauch einer großen Wohnung fortgesetzt haben. Eine solche Berücksichtigung dieser Interessen auf der Mieterseite ist mit Rücksicht auf den Gesetzestext berechtigt, weil der Gesetzgeber von einer Fortsetzung durch die alte Mietpartei spricht. So kann man z. B. nicht von einer Fortsetzung durch die alte Mietpartei reden, wenn vor der Beendigung viele Erben zum Hausstand gehörten und nur ganz wenige Erben in der Wohnung bleiben.

Das im Gesetz zugrunde gelegte Prinzip, daß die alte Mietpartei das Mietverhältnis fortsetzen kann, verlangt Berücksichtigung aller Interessen des Vermieters und des Mieters. An Hand dieses Prinzips läßt sich unser Fall, in dem die zum alten Hausstand gehörigen Erben den Gebrauch der Wohnung fortsetzen, bedenkenlos unterordnen. Kommentare und Lehrbücher haben die Fortsetzung der Miete durch Erben fast gar nicht erwähnt. Es muß vielmehr hier hervorgehoben werden, daß in der Literatur die Gefahr besteht, die beiden Fragen zu verwechseln, wer den Gebrauch der Wohnung fortsetzen kann und wie eine Verlängerung wirksam zustande kommt.

Die Bemerkungen von Planck,[6]) daß die Erben den Gebrauch auch für andere Personen oder für Sachen fortsetzen könnten, beschäftigen sich mit der Frage, wann die Rechtshandlung der Gebrauchsfortsetzung erfüllt ist, aber nicht mit der für uns wichtigen Frage, wer Subjekt dieser Handlungen sein muß. Ebenso betrifft die Erläuterung Oertmanns,[7]) daß eine Vorenthaltung der Wohnung genüge, und der Nachweis positiver Benutzungshandlungen nicht nötig sei, nur die Frage, ob der Rechtserfolg auch durch Unterlassung wirksam herbeigeführt werden kann. Wenn Mittelstein[8]) darauf hinweist, daß die Besitzaufgabe, selbst unter Zurücklassung von Sachen, die Annahme einer Fortsetzung verhindere, hat auch dies mit der Frage, ob hier ein Anwendungsfall der gesetzlichen Verlängerung gegeben sei, also mit der Frage nach der Mietpartei, die die Fortsetzungshandlung vornehmen soll, nichts zu tun. Unsere Frage nach der Mietpartei ist von den Kommentaren wegen Übernahme des vom Gesetz verwendeten Ausdrucks Mieter gar nicht klar behandelt worden. Es ist jedoch für die Rechtsanwendung wichtig, die Voraussetzungen für die gesetzliche Verlängerung möglichst klarzustellen. Das wird künftig eine Hauptaufgabe der Literatur bilden, die diese Frage genau so eingehend behandeln muß, wie das im Mieterschutzrecht bisher geschehen ist.[9])

[6]) Planck, § 568 Bem. 2 a.

[7]) Oertmann, Erl. 1.

[8]) Mittelstein, S. 499.

[9]) Hertel, Bd. I S. 180 über § 19 MieterschGes. Lilienthal, Tod des Mieters in „Mietfragen des tägl. Lebens, Bd. V". Mittelstein, S. 500 ff. Meyerowitz, Mieternotrecht 1929 S. 136 ff.

Nach unseren bisherigen Untersuchungen können wir die Frage nach dem Subjekt der Fortsetzungshandlung für unseren Fall mit positivem Ergebnis abschließen; die Auslegung führte im Zusammenhang mit den §§ 569 und 1922 ff. BGB. dazu, daß die Erbengemeinschaft bei Ausnutzung durch möglichst gleichviel Personen wie vorher und nach der Auseinandersetzung die familienangehörigen Erben als Mietpartei das Mietverhältnis fortsetzen können. Dies Ergebnis der Auslegung wird m. E. der allgemeinen Bedeutung, die diese Vorschrift über die gesetzliche Verlängerung beansprucht und vor allem künftig beanspruchen wird, gerecht.

Unsere Auffassung, daß die Weiterbenutzung der Wohnung keine Mehrbelastung des Gebrauchsgegenstandes bedeuten darf, und daß umgekehrt nur bei halbwegs gleicher Ausnutzung der Gebrauchsbefugnisse eine Fortsetzung des Gebrauchs vorliegt, wird immerhin durch die Rechtsprechung bestätigt. Dort sind ähnliche Fälle, die allerdings nicht von einer Fortsetzung durch Erben handeln, entschieden worden.

Vom Reichsgericht wird der Grundsatz vertreten, daß ein Wechsel der Partei nach der Beendigung eine Fortsetzung verhindere. So wird in einer Entscheidung [10]) bei entsprechender Anwendung unserer Vorschrift auf die Pacht ein Austausch des Pächters als unzulässig angesehen: Es lief dort im Jahre 1869 ein Pachtvertrag ab. Bereits vor dieser Beendigung hatte aber der Eigentümer im Einverständnis mit dem Pächter im Jahre 1861 einen Generalpächter angenommen und mit diesem Wechsel den ehemaligen Pächter zum Unterpächter gemacht. Als nun der Unterpachtvertrag ohne Wissen des Generalpächters ablief, blieb der ehemalige Pächter auf seinem Grundstück und berief sich später auf eine zwischen ihm und dem Eigentümer zustande gekommene Relokation. Das Reichsgericht weist darauf hin, daß eine solche Verlängerung nur zwischen der Verpächterpartei vor der Beendigung, also dem Generalpächter, und ihm in Frage gekommen wäre. Es wird also unsere Ansicht bestätigt, daß es dem Gesetzgeber darauf ankommt, wer Mietpartei vor der Beendigung des Vertrages war.

In einer anderen Entscheidung [11]) hatte eine offene Handelsgesellschaft einen Mietvertrag mit der im Verkehr üblichen Verlängerungsklausel abgeschlossen. Diese Fälle der Verlängerung sind bezüglich unserer Frage, wer das Mietverhältnis fortsetzen kann, mit der gesetzlichen Verlängerung gleich zu behandeln. Dort trat nach Ablauf der Mietzeit ein Gesellschafter aus, während die anderen den Gebrauch der Wohnung fortsetzten. In der Klausel wird darauf abgestellt, daß der Mieter zu einer bestimmten Zeit nicht kündigt, und für diesen Fall der Mietvertrag als verlängert anzusehen ist. In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht nun eine Fortsetzung trotz dieses Austritts angenommen. — Korsch [11]) sagt dazu, daß der Vermieter in diesen Fällen durch die Anmeldepflicht von dem Austritt des Gesellschafters Kenntnis habe. Der Vermieter billige deshalb auf seine eigene Gefahr hin diese Verlängerung der Miete. Die Entscheidung stellt vor allem darauf ab, daß

[10]) Seuff.-Arch. 36 S. 117.
[11]) In JW. 1915 S. 193, dazu Korsch JW. 1915, S. 747.

hier kein direkter Wechsel der Partei nach der Beendigung eintreten soll. Das Beispiel zeigt uns, wie wichtig unser Gedanke der Abstellung auf die Leistungsfähigkeit der alten Partei sein kann. Wenn z. B. der ausscheidende Gesellschafter der allein Zahlungsfähige wäre, und es sich vielleicht um große Geschäftsräume handelt, wird die Berücksichtigung der Interessen des Vermieters eine möglichste Beibehaltung der Gesellschaftsmitglieder zur Bindung des Vermieters an die Verlängerung fordern und dann wird man den Austritt dieses Gesellschafters kaum als zulässige Veränderung ansehen. — Dieser Gesichtspunkt wird besonders wichtig sein, falls die Erben bei uns tatsächlich Eigenverbindlichkeiten begründen. Gerade dann muß man darauf abstellen, daß auch hier eine Beibehaltung der Leistungsfähigkeit der alten Mietpartei erreicht wird. Auch erscheint hier unsere Auffassung durchaus berechtigt, in solchen Fällen eine Fortsetzung nur durch die familienangehörigen Erben zuzulassen; denn der Haftung mit dem Nachlaß des alten Mieters würde eine Eigenhaftung der nächsten gesetzlichen Erben am besten entsprechen. Genau denselben Fall des Austritts eines Gesellschafters betreffen zwei weitere Entscheidungen des Reichsgerichts,[12]) die ebenfalls einen direkten Parteiwechsel ablehnen.

An Hand dieser Rechtsprechung kann man daher die Frage der Rechtsanwendung unserer Vorschrift über die gesetzliche Verlängerung auf unseren Fall der Fortsetzung durch Erben mit positivem Ergebnis abschließen; denn wenn die Rechtsprechung bei der Handelsgesellschaft nur einen direkten Parteiwechsel ablehnt, bestätigt das unsere Auffassung, daß nur eine Mehrbelastung und Veränderung der Leistungsfähigkeit im Interesse des Vermieters sowie eine ungleiche Ausnutzung des Wohnrechts im Interesse des Mieters keine Bindung der Parteien an eine Verlängerung herbeiführen darf.

4. Kapitel.

Die Natur der gesetzlichen Verlängerung des Mietvertrages und die Fassung des § 568 BGB. als Fiktion.

1. Abschnitt.

Die Ansichten der Literatur und Rechtsprechung.

Die Rechtsnatur der Verlängerung des Mietvertrages ist entscheidend für die Fortdauer der Bürgenhaftung. Sieht man in der Verlängerung den Abschluß eines neuen Vertrages, wie bei der im Rechtsleben bekannten vertraglichen Verlängerung, so würde die Bürgenhaftung mit Ablauf des Mietvertrages aufhören, da gemäß § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. eine Erweiterung der Bürgenhaftung durch Rechtsgeschäft des Schuldners unzulässig ist. Sieht man dagegen in der Verlängerung eine durch Rechtshandlung herbei-

[12]) RGE. 86, 61 (vgl. S. 21 uns. Arbeit) und 97, 81.

geführte Ausdehnung des alten Mietvertrages, so würde die Bürgenhaftung fortdauern, da sich die Bürgenhaftung mangels einer zeitlichen Begrenzung auf die Dauer des Mietvertrages erstreckt.

Nach dem Gesetzestext „gilt das Mietverhältnis bei Fortsetzung des Gebrauchs nach Beendigung des Mietvertrages als verlängert", sofern nicht von einer der Parteien Widerspruch erhoben wird. Demnach sollen bei Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes die Rechtsfolgen einer Verlängerung eintreten. Diese Rechtsfolgen sind aber im Gesetz nicht näher umschrieben. Vielmehr scheint der Gesetzestext auf eine dem Rechtsleben sonst bekannte Verlängerung von Verträgen zu verweisen.

Dieser scheinbare Verweis hat nun in der Literatur den Anlaß gegeben, die Rechtsfolgen der Verlängerung nach der dem Rechtsleben bekannten vertraglichen Verlängerung zu bestimmen und in der Vorschrift die Vermutung einer solchen vertraglichen Verlängerung zu sehen.

Andererseits hält man die Bestimmung für eine echte Fiktion, die auf die Rechtsfolgen einer rechtsgeschäftlichen Verlängerung verweise oder für eine unechte Fiktion, die die Dauer des alten Vertrages auf gesetzlichem Wege ausdehnen soll.

Gegenüber diesen Auffassungen in der Literatur wird darzulegen sein, daß nach der Fassung des Gesetzes nur eine Fiktion und keinesfalls eine Vermutung in Frage kommt, daß aber auch diese Feststellung nicht zu dem richtigen Ergebnis führt, weil auch die Fassung der Vorschrift als Fiktion unberechtigt ist, und weil es sich nach unserer Auffassung um eine gewöhnliche gesetzliche Vorschrift über die gesetzliche Verlängerung des Mietvertrages handelt, deren Rechtsfolgen aus dem gesetzlichen Tatbestand selbst abzuleiten sind, und nicht aus einer dem Rechtsleben sonst bekannten Verlängerung zu entnehmen sind.

In der Literatur hat zunächst die Fassung des Gesetzestextes mit dem einschränkenden Zusatz, daß bei erfolgtem Widerspruch die Verlängerung nicht eintreten würde, einem Teil von Vertretern Anlaß gegeben, in der Vorschrift eine für das Vorhandensein des Verlängerungswillens aufgestellte Vermutung zu sehen. Die Vertreter dieser Lehre sprechen davon, daß hier eine Erneuerung des Vertrages durch stillschweigende Verlängerung stattfinde. Sie legen der Verlängerung also ein Rechtsgeschäft zugrunde, das durch stillschweigende Willenserklärung zustande kommt, und nehmen daher einen neuen Vertrag an.[1]) Sie behaupten, das Gesetz deute hier ein Verhalten der Parteien als Abschluß eines neuen Vertrages.[2]) Zum Teil halten sie allerdings unsere Vorschrift für eine unwider-

---

[1]) Staudinger, § 568 Anm. II, 1 und Anm. 5.

[2]) Leonhardt, Bd. II S. 165, und Wendt, Arch. f. ziv. Prax. 92, 255.

legliche Vermutung,[3]) weil das Gesetz zwingend bestimme, daß die Wirkungen einer Vereinbarung über die Verlängerung eintreten sollen.

Im Gegensatz hierzu weist eine zweite Gruppe von Vertretern auf die Fassung des Gesetzes als Fiktion hin. Nach dieser Fassung könne die Wirkung der Verlängerung nicht durch den Nachweis eines gegenteiligen Willens außer Kraft gesetzt werden. Nur ein bestimmt umschriebener objektiver Tatbestand, der keineswegs von einem Erklärungsbewußtsein getragen zu werden brauche, könne den Eintritt der Verlängerung hindern, die Verlängerung beruhe nicht auf einem neuen Vertrage, sondern trete ipso jure als Folge eines objektiven Tatbestandes ein.[4]) Jedoch müsse man zwischen den Voraussetzungen und der Wirkung der Verlängerung unterscheiden. Bezüglich der Wirkung verweise nämlich der Gesetzgeber auf einen geschäftlichen Tatbestand der Verlängerung. Man dürfe die Wirkungen nur nicht auf eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung zurückführen und könne derartige Fälle als typische Erklärungen mit normierter Wirkung bezeichnen und müsse hier Vertragswirkungen ohne Vertrag anerkennen.[5]) Das objektive Verhalten werde also in seinen Wirkungen einer Willenserklärung gleichgesetzt.[6])

Eine dritte Gruppe von Vertretern geht ebenfalls von der Fassung des Gesetzes als Fiktion aus und kennzeichnet auch das Zustandekommen der Verlängerung als Rechtshandlung. Es käme bei diesem Zustandekommen nur darauf an, daß die Parteien das Mietverhältnis fortsetzen könnten (Geschäftsfähigkeit), und daß sie sich so benehmen, als ob sie es fortsetzen wollten. In der Wirkung sei die Verlängerung aber nicht als neuer Vertrag zu behandeln, denn im Hinblick auf die Fiktion könne man einen solchen neuen Vertrag nicht annehmen.[7]) Wertvoll sei der Vergleich mit dem Fall der Verlängerung auf Grund einer Verlängerungsklausel. Der Fall der gesetzlichen Verlängerung liege nämlich genau so, wie wenn die Parteien von vornherein ein Fortlaufen vereinbart hätten, und nicht so, wie wenn nach beendigtem Mietverhältnis eine Fortsetzung vertraglich vereinbart würde. Daher sei die Wirkung in beiden Fällen eine Vertragsausdehnung. Sie lehnen es ab,[8]) daß es sich hier um einen durch konkludente Handlung abgeschlossenen neuen Mietvertrag handele, weil dies nicht dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes entspreche. Das Gesetz knüpfe die Rechtsfolge zwingend an einen äußeren Tatbestand (Gebrauchsfortsetzung und Unterlassung des Widerspruchs) an. Infolgedessen lassen diese Vertreter für die Fortsetzung natürliche Handlungsfähigkeit genügen.[9]) Einige verlangen nicht einmal bezüglich der Kenntnis des Vermieters von der Fortsetzung Geschäftsfähigkeit und behaupten, daß die Vorschrift gerade bei Geschäftsunfähigkeit geeignet sei, die rechtlichen Beziehungen zu regeln.

Die vom Reichsgericht behandelten Fälle betreffen Verlängerungen auf Grund einer Verlängerungsklausel, wie sie im Verkehr üblich sind. Ihre Kenntnis trägt dazu bei, uns im Sinne der Rechtstatsachenforschung [10]) umzuschauen, welche Arten der Verlängerung in der Praxis

[3]) Enneccerus, § 144, II.
[4]) Oertmann, Verkehrssitte S. 287/9.
[5]) Manigk, Will.-Erkl. § 37 S. 233 u. Irrtum § 10 S. 170.
[6]) Manigk, Irrtum § 14 S. 256, u. von Tuhr Bd. II S. 424.
[7]) Mittelstein, S. 499 ff. u. S. 503.
[8]) Klein, S. 32 ff. u. 37 unter 8.
[9]) Klein, S. 46 u. 38, ebenso Kohler, Bd. II S. 275.
[10]) Nußbaum, Rechtstatsachenforschung 1914 u. Arch. f. bürgerl. Recht 42, 136.

vorkommen und in welchem Verhältnis diese Fälle zu der gesetzlichen Verlängerung stehen. Zur Eingehung auf die Rechtsprechung dieser Fälle berechtigt uns auch die in der Literatur vertretene Ansicht, daß diese Fälle der Verlängerung ebenso wie die gesetzliche Verlängerung zu behandeln seien.[11]) Das Reichsgericht hat sich in diesen Fällen dahin ausgesprochen, daß die in den Klauseln vorgesehene Kündigung keine Kündigung im Rechtssinne sei. Die erklärte Kündigung stelle vielmehr die Ablehnung des Abschlusses eines neuen Vertrages und das Unterlassen der Kündigung abredegemäß den Abschluß eines neuen Vertrages dar.

In einem vom Reichsgericht[12]) entschiedenen Fall sollte der Kläger für die Dauer eines Mietvertrages ein Ankaufsrecht haben. Eine vorgenommene Kündigung des Vertrages war aus gewissen Gründen unwirksam. Deshalb glaubte der Kläger, das Ankaufsrecht weiter während der Zeit der Verlängerung ausüben zu können. Dies lehnte aber das Reichsgericht ab. Eine wirksame Kündigung hätte ja nur auf Ablehnung des Abschlusses eines neuen Vertrages abgezielt und die unwirksame Kündigung bedeute ebenso wie ein Unterlassen der Kündigung nach der Vertragsklausel den Abschluß eines neuen Vertrages. Eine solche Verlängerung führe nicht eine Verlängerung des Zeitraums der Miete wider den Willen des Eigentümers herbei. — Man behandelt hier also die Verlängerung als Erneuerung des Mietvertrages. In einer anderen Entscheidung[13]) hat das Reichsgericht ebenfalls beim Unterbleiben der vorgesehenen Kündigung einen neuen Vertrag angenommen, so daß ein vor der Verlängerung ausscheidender Gesellschafter einer OHG. mit den Schulden aus der Folgezeit nichts mehr zu tun haben soll. In einer weiteren Entscheidung[14]) läßt das Reichsgericht einen vor der Verlängerung ausgeschiedenen Gesellschafter unter Berufung auf § 128 HGB. ebenfalls nicht haften. Diese Bestimmung sei so auszulegen, daß der Austretende für Rechtsgeschäfte, die nach seinem Ausschluß begründet seien, nicht verantwortlich gemacht werden könne. Dabei kommt deutlich die Auffassung zum Ausdruck, daß die Verlängerung ihren Grund in einem Rechtsgeschäft, nämlich in einer stillschweigenden Erklärung des Verlängerungswillens, habe. Diese Auffassung steht im Gegensatz zu Oertmanns Ansicht, daß der Grund der Verlängerung ein objektiver Tatbestand, eine Rechtshandlung sei, die ihre Wertung von dem alten Vertrage erhalte. Schließlich hat das Reichsgericht in einem Fall,[15]) wo von mehreren Vermietern nur einer gekündigt hatte und deshalb die Kündigung unwirksam war, darauf hingewiesen, daß nunmehr ein neuer Vertrag vorliege, da die Kündigung nur auf Ablehnung eines solchen Vertrages abgezielt hätte.

Das Reichsgericht scheint diesen Entscheidungen die Auffassung des OVG. über solche Fälle von Verlängerungen auf Grund der Klausel zugrunde gelegt zu haben. In den Entscheidungen des OVG.[16]) heißt es nämlich: „Eine solche Abrede (Vertragsklausel) habe nur die Bedeutung, den Willen der Kontrahenten, künftig einen neuen

---

[11]) Oertmann, Verkehrssitte S. 288, u. Mittelstein, S. 503.
[12]) RGE. 107, 300.
[13]) In JW. 1915, S. 193.
[14]) RGE. 86, 61; vgl. S. 17 u. 18 unserer Arbeit zu Anm. 11 u. 12.
[15]) RGE. 97, 80.
[16]) OVG. XXII, 347 u. XXXIV, 339.

Vertrag zu schließen, in gewisser Weise zu binden. Die Abrede sei nur eine Bestimmung, wie ein später abzuschließender Vertrag zustande kommen soll." Hier kommt die vom Reichsgericht vorgenommene Deutung der Kündigung als Ablehnung eines neuen Vertrages noch deutlicher zum Ausdruck. Man muß aber mit Nachdruck darauf hinweisen, daß die Entscheidungen des OVG. aus steuerpolitischen Gesichtspunkten und auf Grund der Stempelsteuergesetze getroffen sind.[17])

Wenn man sich jetzt die Literatur zusammenfassend veranschaulicht, würde sich eine Unterordnung der Auffassung des Reichsgerichts unter die Vertreter der ersten Gruppe, die in der gesetzlichen Vorschrift eine Vermutung sehen, ergeben, falls man die Gleichstellung der Fälle der Verlängerungsklausel im Sinne einer dort gegebenen lex contractus mit denen des § 568 anerkennt. Das Reichsgericht geht bei der Behandlung der Vertragsklausel genau so vor, wie diese Vertreter; denn es gibt der Klausel die Bedeutung einer Beweisregel im Sinne der Umkehrung der Beweislast, was dem Wesen der Vermutung entspricht. Weiter behauptet das Reichsgericht, daß in dem Unterbleiben der Kündigung eine konkludente Willenserklärung liege, was die Vertreter der Vermutung entsprechend von dem gesetzlichen Tatbestand behaupten. In der Wirkung nehmen beide einen neuen Vertrag an.

Die Ansichten der Literatur und Rechtsprechung kurz zusammengefaßt ergeben folgende Übersicht:

Von den Vertretern der Vermutung nehmen in den Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft und in den Wirkungen einen neuen Vertrag an:

Staudinger, Anm. II u. V; Leonhard, II, S. 165; Enneccerus, § 144, II; Wendt, AZP. 92, 244; Endemann, § 170; Arnold, § 97; Sieber, S. 11, und die Rechtsprechung des Reichsgerichts für die Fälle der Verl.-Klausel.

Von den Vertretern einer Fiktion nehmen in den Voraussetzungen Rechtshandlung und in den Wirkungen alten Vertrag an:

Mittelstein, S. 503; Oertmann, Erl. 3; Planck, Bem. 3; Klein, S. 38. Außerdem Jakobsohn, Jh. Jahrb. 56, 376; Cosack, I, § 137; Brückner, S. 131; Niendorff, S. 365; Neumann, zu § 568; Biermann, Bd. I S. 134 § 44; Kohler, Bd. I § 254; Fischer-Henle, Anm. IV.

Von den Vertretern der Fiktion nehmen in den Voraussetzungen Rechtshandlung und in den Wirkungen neuen Vertrag an:

Oertmann, Verkehrssitte S. 288; Manigk, Irrtum S. 150 u. S. 256; von Tuhr, Bd. II S. 424.

---

[17]) Stempelsteuergesetz von 1822 (GS. S. 57), VO. von 1867 (GS. S. 1191) u. Landes-Stempelsteuergesetz von 1895.

2. Abschnitt.

Das Zustandekommen der gesetzlichen Verlängerung und der Verlängerung auf Grund der Klausel im Gegensatz zur vertraglichen Verlängerung und die Kritik gegenüber der Rechtsprechung und Literatur.

a) Kritik gegenüber der Rechtsprechung.

Meine Kritik gegen die Auffassungen in der Rechtsprechung und Literatur über das Zustandekommen der gesetzlichen Verlängerung beginne ich mit der Kritik gegenüber der Ansicht des Reichsgerichts über die Fälle der Verlängerungsklausel, da dabei die Verschiedenheit des Zustandekommens der drei Arten von Verlängerungen besonders klar herausgestellt wird.

Dabei möchte ich zunächst gegen die Auffassung des Reichsgerichts über das Wesen der nach der Klausel zu erfolgenden Kündigung als Ablehnung eines neuen Vertrages vorgehen. Wenn danach die erklärte Kündigung die Beendigung des alten Vertrages und die unterbliebene Kündigung den Abschluß eines neuen Vertrages herbeiführen soll, verträgt sich das nicht mit einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrag, von dem das Reichsgericht ausgeht. Dann bekommt nämlich die Klausel lediglich die Bedeutung eines Vorvertrages dahingehend, daß bei unterbleibender Kündigung eine Vertragserneuerung vorgenommen sei. Freilich muß man dann bei der Vertragserneuerung von einem Rechtsgeschäft reden. Der Ausdruck „Kündigung" ist nach dieser Konstruktion des Reichsgerichts vollkommen unberechtigt. In Wahrheit legt das Reichsgericht der Klausel die Bedeutung eines Vorvertrages bei, der durch die Vertragserneuerung durch konkludente Handlung erfüllt wird.

Diese Auffassung des Reichsgerichts führt zu einer Vereitelung des Zwecks der Klausel. Die durch die Klausel beabsichtigte Verlängerung des Zeitraums des alten Vertrages würde man nämlich nur erreichen, wenn man die vorgenommene Kündigung als wahre Kündigung im Rechtssinn anerkennt und den bestimmten Zeitraum des alten Mietvertrages nur als Terminsansetzung für die zu erfolgende Kündigung auffaßt, nicht aber als endgültigen Termin für den Ablauf des Mietvertrages. An Stelle der vom Reichsgericht vorgenommenen Verfälschung der unterbleibenden Kündigung zu einem neuen Vertragsabschluß und der erklärten Kündigung zum Verzicht auf einen neuen Vertrag, ist es vorzuziehen, die Fälle der Verlängerungsklausel so aufzufassen, daß ein Mietvertrag zugrunde liegt, der zu einem gewissen Termin kündbar ist und sonst auf unbestimmte längere Zeit läuft. Die unterbleibende Kündigung würde dann, wie sonst jedes Unterbleiben einer Kündigung, bewirken, daß der alte Vertrag weiterläuft. — Die-

selbe Verfälschung, die das Reichsgericht mit der Kündigung vornimmt, nimmt ein Teil der Literatur bei der gesetzlichen Verlängerung mit der Verlängerungshandlung vor. Deshalb ist eine Kritik der Rechtsprechung besonders lohnend.

In der Verlängerungsklausel, wie sie uns im Verkehr entgegentritt, liegt tatsächlich doch die Vereinbarung einer Kündigung. Die Klausel enthält nämlich die Abmachung, daß der bis zu einem Termin laufende Vertrag, wenn er nicht vorher gekündigt wird, bis zu einem bestimmten Termin weiterläuft. Der zuerst vorgesehene Termin soll also nicht den endgültigen Ablauf des Vertrages bestimmen. Die Endigung des Vertrages zu diesem Termin ist vielmehr unbestimmt und hängt von der Kündigung ab. „Wenn die Parteien den Ausdruck kündigen verwenden, rechnen sie mit Fortdauer des Vertrages über die Kündigung hinaus".[1]) So wird mit Recht darauf hingewiesen,[2]) daß die Verlängerung auf dem alten Vertrage beruhe, nämlich auf der dort vorgesehenen Klausel. Die Ansicht des Reichsgerichts, nach der man in der Klausel einen Vorvertrag zu sehen hat, und nach der man die tatsächliche Verlängerung dann als Rechtsgeschäft konstruieren muß, läßt sich nicht vertreten. Es ist nicht immer möglich, in dem Unterlassen der Kündigung ein Rechtsgeschäft zu erblicken. Das Rechtsgeschäft ist vielmehr die Vereinbarung der Klausel. Diese hat also nicht die Bedeutung eines Vorvertrages, sondern bildet den Bestandteil eines endgültigen Vertrages, nämlich die Verabredung einer Kündigung. Das Rechtsgeschäft, auf dem die Verlängerung beruht, ist der alte Vertrag, der nur vorher durch Kündigung beendet werden kann. Man könnte jeder Vereinbarung einer Kündigung in gewissem Sinne die Bedeutung einer Verlängerungsklausel beilegen, denn man könnte jeder Kündigungsvorschrift die Bestimmung hinzufügen: wenn die Kündigung unterbleibt, läuft der alte Vertrag weiter. Gerade an dem Zweck der Klausel, daß der Vertrag weiterlaufen soll, wenn die Parteien schweigen, erkennt man, daß hier eine wahre Kündigung vorliegt. Die Kündigung hat ja gerade die Eigenschaft, daß bei ihrem Unterbleiben, ganz gleich aus welchem Grunde, der alte Vertrag weiterläuft. Bei der Konstruktion des Reichsgerichts, die in dem Unterbleiben ein Rechtsgeschäft sieht, würde der Sinn der Klausel, nach dem die Parteien ein gewisses Risiko eingehen, verloren gehen. Das Unterbleiben der Kündigung würde nach dem Reichsgericht in seinen Voraussetzungen und Wirkungen einer späteren Vereinbarung über eine Verlängerung entsprechen. Das besondere wäre nur noch, daß diese Verlängerung hier durch konkludente Handlung zustande kommt. Dann hat die Klausel aber nur noch den Sinn einer Beweisregel im Sinne einer Beweislastumkehrung.

Der ganze Sinn der Klausel, daß der Vertrag ohne Rechtsgeschäft automatisch weiterlaufen würde, geht verloren, wenn man hier von einer Vertragserneuerung auf Grund eines Rechtsgeschäfts spricht.

In Wirklichkeit entsteht die Verlängerung aus der Verabredung der Klausel und einem nach ihr verlangten objektiven Verhalten.

---

[1]) Mittelstein in JW. 1915, S. 195.
[2]) Korsch in JW. 1915, S. 747.

Der Name Verlängerungsklausel ist daher zu erklären, daß die Klausel in der ersten Zeit ihrer Entstehung einem vorher unbedingten Vertrage beigefügt wurde und so einen längeren Vertrag aus ihm machte. Die Bedingung der Verlängerung bestand dabei in dem objektiven Schweigen der Parteien beim Kündigungstermin, das nach dem Inhalt und Zweck dieser Klausel als Rechtshandlung anzusehen war. Nachdem sich die Klausel mehr eingebürgert hatte, wurde sie dem Vertrag von Anfang an beigefügt. Eine solche Verlängerung hat ihren Rechtsgrund daher lediglich in dem alten Vertrage, in dem die Klausel enthalten ist, und in dem sich als Rechtshandlung darstellenden Unterbleiben der Kündigung.

b) Kritik gegenüber der Literatur.

Es leuchtet ein, daß wir denselben Fehler, den das Reichsgericht hier begangen hat, auch bei der gesetzlichen Verlängerung begehen würden, wenn wir entsprechend das hier vom Gesetzgeber verlangte Verhalten (Gebrauchsfortsetzung und Schweigen) als eine stillschweigende Verlängerung deuten würden und in der Vorschrift die Vermutung einer solchen Vereinbarung sehen würden. Vielmehr ist es richtig, in dem im § 568 BGB. geforderten Verhalten sowie dort in dem Unterlassen der Kündigung nur ein objektiv bestimmtes Verhalten zu sehen, an das aus Erfordernissen der Rechtssicherheit die Rechtsfolge der Verlängerung geknüpft wird. Deshalb kann man sagen, daß die Klausel als eine lex contractus dasselbe anordnet, was das Gesetz für die Fälle des § 568 anordnet.[3]) Dort schreibt der alte Vertrag, hier das Gesetz einem objektiven Tatbestand die Wirkung der Verlängerung zu. Es hängt daher nicht von einer Auslegung des geforderten Verhaltens ab, ob die Verlängerung eintritt. Daher stehen beide Fälle der Verlängerung in Gegensatz zu der vertraglichen Verlängerung, wenigstens, was das Zustandekommen der Verlängerung anbetrifft.

Mit Rücksicht darauf erscheint es notwendig, die Auffassung der Vertreter der Lehre, daß im Fall des § 568 das Vorliegen einer vertraglichen Verlängerung vermutet würde, zu kritisieren.

Um die Ansicht der Vertreter der ersten Gruppe grundlegend auszuräumen und um das Wesen der Fiktion zu erfassen, will ich

[3]) Oertmann, Verkehrssitte S. 289.

an Hand des § 292 ZPO. darlegen, daß in der gesetzlichen Vorschrift unseres § 568 die Voraussetzungen einer Vermutung keineswegs erfüllt sind, und daß wir es der Fassung nach mit einer Fiktion zu tun haben. Da die Terminologie im BGB. für das Vorhandensein von Vermutungen und Fiktionen nicht einheitlich ist, muß man auf das Wesen beider eingehen.

Der Begriff der Vermutung ist aus der ZPO. zu entnehmen, was bereits auf ihre lediglich prozessuale Bedeutung hinweist. Der § 292 bestimmt, daß grundsätzlich der Gegenbeweis zulässig ist, wenn das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung aufstellt. Dabei sollen die Vermutungen für Rechtsverhältnisse nicht ausgeschlossen sein, was die Motive hervorheben. Die gleiche Behandlung dieser Rechtsvermutungen ergibt sich auch daraus, daß sich Rechtsverhältnisse oft als Zusammenfassungen von Tatsachen darstellen,[4]) was sich vor allen Dingen daran zeigt, daß ein Gegenbeweis auch hier auf Tatsachen gerichtet sein muß, die das vermutete Rechtsverhältnis ausschließen.[5]) Eine Rechtsvermutung erspart dem Kläger die Darlegung der Entstehungstatsachen (z. B. Erwerb des Eigentums), falls ein anderer Tatbestand (Besitz), der die Vermutung begründet, vorliegt.[6]) Wenn der Kläger das Indiz, die Ausgangstatsache, beweist, ist der Schluß auf die Entstehungstatsache nach vorangegangener Behauptung vom Richter zu ziehen, falls kein Gegenbeweis erfolgt.[7]) Die Vermutung ist also ihrem Wesen nach der Widerlegung fähig.

Im Gegensatz zu diesen Vermutungen stehen die Fälle, wo der Gegenbeweis ausgeschlossen ist. Sie sind im § 292 als Ausnahmen bezeichnet. Nach der Entstehungsgeschichte[8]) sollte damit auf die außerhalb des BGB. vorkommenden unwiderleglichen Vermutungen verwiesen werden, die auch prozessualer Natur sind und sich gerade dadurch von den Fiktionen, die materieller Natur sind, unterscheiden. Für das BGB. ist jedoch vor allem der Unterschied zwischen den technischen Vermutungen, die im § 292 geregelt sind und den Fiktionen, die im BGB. zahlreich vorhanden sind, wichtig. Bei diesem Unterschied ist davon auszugehen, daß die Vermutung den Gegenbeweis zuläßt und nur prozessuale Bedeutung hat, dagegen die Fiktion keinen Gegenbeweis zuläßt und den Zweck verfolgt, materielles Recht zu schaffen. Bei dem letzten Merkmal der Fiktion muß man aber die Frage aufwerfen, ob nicht die Rechtsvermutungen auch den Zweck haben, materielles Recht zu schaffen. Die Rechtsvermutung ist auf das Vorhandensein von Rechtsverhältnissen gerichtet.[9]) Es handelt sich bei diesen Rechtsvermutungen um die Legitimationskraft gewisser Tatbestände in Bezug auf ein materielles Recht, z. B. um die Tatsache des Besitzes als Legitimation des Eigentümers oder um die Legitimationskraft einer Urkunde wie in den §§ 891 und 18 BGB. In dieser Legitimationskraft liegt der Unterschied der Rechtsvermutung zur Tatsachenvermutung. Aus diesem Unterschied erkennt man nämlich, daß die Rechtsvermutung die Eigenschaft hat, die Freiheit des Richters in der Rechtsanwendung (im Sinne des § 1 GVG.)

[4]) Planck, Bem. 2 zu § 891.
[5]) Jung, Bürgerliches Recht § 11.
[6]) Henle, Bürgerliches Recht S. 343.
[7]) Rosenberg, S. 134 u. 256.
[8]) Protokolle z. BGB. II. Lesung Bd. I S. 264.
[9]) Hedemann, S. 270 ff. Vermutung.

zu beschränken. Der Richter ist hier an die Legitimationskraft gebunden, falls kein Gegenbeweis erfolgt. „Bis dahin hat die im Gesetz aufgestellte Vermutung eine bestimmte Rechtsfolge.“ [10]) Ein Beispiel Hedemanns [11]) zeigt, wie sich diese Legitimationskraft von der materiellen Kraft einer Fiktion unterscheidet: In diesem Beispiel steht dem Kläger auf Grund einer Grundbucheintragung die Vermutung des § 891 zur Seite, und er macht sein Eigentum mit Erfolg geltend. Hier scheint nun der ihm verliehene Schutz einer materiellen Berechtigung gleich zu sein. Wäre es aber wirklich so, so müßte auch der Eingetragene, der bösgläubig ist, rechtmäßig handeln können. Das ist aber nicht der Fall. Man muß vielmehr auch bei der Rechtsvermutung auf die Aufdeckung des bösen Glaubens, also eine Widerlegung der Vermutung, warten. Die Vermutung verschafft dem Kläger also kein materielles Recht, vielmehr gewährt sie nur einen Rechtsschein, der allerdings Dritten, in Verbindung mit dem Vorliegen eines Rechtsgeschäfts und gutem Glauben, materielles Recht verleihen kann. Wirkliche Berechtigungen entstehen aber gerade durch Fiktionen, wie sie z. B. in den §§ 892, 932 und 2370 BGB. enthalten sind. Hierdurch wird uns die Fiktion als zwingender Rechtsatz, der materielles Recht schafft, gerade im Gegensatz zu der Rechtsvermutung klar. Durch die Vermutung wird dem jeweiligen Kläger beim Vorliegen eines Ausgangstatbestandes (Besitz) eine Rechtsaussicht (Eigentum) verliehen, während ihm durch die Fiktion bei Vorliegen des Ausgangstatbestandes ein materielles Recht, z. B. in § 892 Eigentum, verliehen wird.

Prozessual wirkt sich das Wesen der Fiktion als materieller Rechtssatz so aus, daß der Richter die Schlußfolgerung von den Ausgangstatsachen von Amts wegen vornehmen muß. Wenn man dies auf eine Vermutung, z. B. die des § 1006 BGB. anwenden wollte, zeigt sich hier, wie kraß der Gegensatz zwischen Vermutung und Fiktion ist.

Das Gemeinsame von Vermutung und Fiktion, was erst zu der Verwechslung Veranlassung gegeben hat, besteht darin, daß neben einen Ausgangstatbestand (Gebrauchsfortsetzung und Schweigen) ein Endtatbestand (Verlängerung) gesetzt wird. Das Unterscheidende besteht aber darin, daß im ersten Fall beide Tatbestände eine mögliche widerlegbare und im zweiten Fall beide eine zwingende materielle Rechtsfolge verbindet.

Daß auch in unserer Vorschrift des § 568 BGB. den Ausgangstatbestand der Gebrauchsfortsetzung und des Stillschweigens und den Endtatbestand der Verlängerung eine zwingende Rechtsfolge verbinden soll, möchte ich an Hand einer Gruppe von angeblichen Grenz- und Streitfällen darlegen, die äußerlich scheinbar Vermutungen sind, ihrem materiellen Tatbestand und ihrem Zweck nach aber sämtlich materielles Recht im Wege einer Fiktion schaffen wollen. Durch diese Betrachtung wird die Rechtsanwendung all dieser sich ähnlich sehenden Vorschriften über diese Fälle erleichtert.

Diese angeblichen Grenz- und Streitfälle geben zu der Verwechslung deshalb Anlaß, weil die Fassung ihrer Vorschriften der Konstruktion einer Ver-

---

[10]) Jung, Bürgerliches Recht § 11 S. 485 ff.
[11]) Hedemann, S. 300.

mutung im Sinne des § 292 ZPO. überall nahe kommt. Sie enthalten nämlich alle einen einschränkenden Zusatz, der an eine Einräumung eines Gegenbeweises erinnert.

Nach Hedemanns[12]) Anregung lassen sich unter diesen Fällen 4 engere Gruppen bilden.

In der ersten Gruppe von Fällen (§§ 2366, 2370, 1248 und 1058) deutet der Zusatz darauf hin, daß die Rechtsfolge im Falle der Bösgläubigkeit nicht eintreten soll.

In der zweiten Gruppe (§§ 612, 632, 653 und 689) wird nach dem Zusatz auf die Umstände des Falles abgestellt, was den Gedanken nahekommen läßt, daß damit jeder Gegenbeweis zugelassen werden soll.

Bei der dritten Gruppe (§§ 416 Abs. 1, Satz 3: Genehmigung zur Schuldübernahme, 516 Abs. 2: Annahme der Schenkung, 568: Verlängerung der Miete, 625: Verlängerung des Dienstverhältnisses und HGB. § 85: Genehmigung für Abschlußagenten) bedeutet der Zusatz, daß die Rechtsfolge bei einem binnen Frist erfolgten Widerspruch nicht eintreten soll.

Die vierte Gruppe gehört dem Familienrecht an (§§ 1591 Abs. 1, 1699 Abs. 1, 1717 Abs. 1 und 1720 Abs. 1). Hier wird vor allem im allgemeinen Sprachgebrauch von der Vermutung der Ehelichkeit und der Präsumtion der Vaterschaft geredet, was besonders zu der Verwechselung beiträgt.

Die gesamten aufgezählten Fälle charakterisieren sich dadurch, daß der zunächst erfolgten Anordnung einer Rechtsfolge ein einschränkender Zusatz in negativ gehaltener Form beigefügt ist. Das war für die obigen Schriftsteller auch der Anlaß, hier von einer Vermutung zu sprechen.

Wenn wir uns jedoch das Wesen der Vermutung als Beweislastregel, die lediglich einen Rechtsschein herstellt, der durch jeden Gegenbeweis entkräftbar ist, denken, so werden wir feststellen müssen, daß in allen Fällen in den Begleitsätzen immer bestimmte Voraussetzungen für materiell angeordnete Rechtsfolgen aufgestellt sind. Daß diese Vorschriften also selbständige materielle Bedeutung haben und nicht erst die Grundlagen für einen möglichen Rechtserwerb bilden sollen. Sie stellen Rechtsvorschriften dar, die zwingend Rechtsverhältnisse regeln wollen, für die der Gesetzgeber aber nur aus historischen oder technischen Gründen eine der Vermutung ähnliche Form gewählt hat. Die Geltung dieser Vorschriften ist nicht in der Weise eingeschränkt, daß der Beklagte den Eintritt der bestimmten Rechtsfolge trotz Vorliegens des Ausgangstatbestandes bestreiten könnte, sondern er kann nur ganz bestimmte Tatsachen behaupten. Diese sind aber Bestandteil des Ausgangstatbestandes. Die klare Benennung dieser Ausgangstatsachen verhindert in allen Fällen, hierin die Einräumung eines Gegenbeweises zu sehen. Der Beklagte kann nie den Eintritt der Rechtsfolge bestreiten, sondern nur das Vorliegen der Ausgangstatsache. Die Bestimmungen haben deshalb selbständige Bedeutung für den Rechtsverkehr und lassen in zwingender Weise materielles Recht entstehen.

Die für unseren Fall in Betracht kommende Gruppe von angeblichen Grenzfällen zwischen Vermutung und Fiktion kennzeichnet sich nun außer der ausführlichen Benennung der Voraussetzungen dadurch, daß eine dieser Voraussetzungen der Ablauf einer vertraglich oder gesetzlich bestimmten Frist ist, während der die Parteien schweigen müssen. Diese Fristsetzung deutet gerade darauf hin, daß

[12]) Hedemann, Vermutung.

eine Anfechtung, also ein Gegenbeweis, nach der Frist ausgeschlossen sein soll. Es handelt sich deshalb nicht um das offenbare Zustandekommen einer Verlängerung, wie die Anhänger der Vermutung meinen, sondern um die Aufstellung eines zwingenden Rechtssatzes über die gesetzliche Verlängerung, die den Zweck hat, unter den Parteien endgültige Klarheit zu schaffen. Man muß den Anhängern der Vermutung vorwerfen, daß sie diesen Zweck, der in den Motiven [13]) deutlich zum Ausdruck gekommen ist, verkannt haben. In den Motiven wird gerade eine stillschweigende Übereinkunft als unzureichend abgelehnt: „Die praktischen Bedürfnisse fordern eine gesetzliche Regelung, weil die Fälle zu häufig sind, daß der Gebrauch der Sache mit Wissen des Vermieters fortgesetzt wird und eine stillschweigende Übereinkunft aus den Tatsachen nicht zu erkennen ist. Weil aber nicht jeder mit Wissen des Vermieters fortgesetzte Gebrauch als Verlängerung anerkannt werden kann (da ja auch Krankheit vorliegen kann), deshalb ist es nötig, noch eine bestimmte Frist zu setzen, nach der das Mietverhältnis als verlängert anzusehen ist."

Wenn man im allgemeinen Sprachgebrauch von der stillschweigenden Verlängerung redet, ist dies gegenüber dem aus den Motiven klar hervorgehenden Zweck nicht maßgebend. Dieser Sprachgebrauch ist aus der Erinnerung an das römische und gemeine Recht zu erklären, wo die auf Grund des Gesetzes angeordnete Verlängerung auch im Gesetz als stillschweigende Verlängerung behandelt wurde.

In den Digesten [14]) wird von der durch Willensübereinstimmung zustande gekommenen Erneuerung bei den drei Arten der relocatio gesprochen. Der dortige Wortlaut: „offenbar vermietet der Eigentümer von neuem, wenn er ein Verbleiben des Pächters duldet. Derartige Verträge kommen durch Willensübereinstimmung zustande" weist deutlich auf die Konstruktion der stillschweigenden Willenserklärung hin. Auch das gemeine Recht hatte im Allgemeinen Landrecht dieselbe Konstruktion.

Nach unserem Gesetzestext wäre es besser, den Ausdruck relocatio tacita und stillschweigende Verlängerung zu vermeiden und ihn durch den Ausdruck „gesetzliche Verlängerung" zu ersetzen. Das würde auch vor allem den Laien die Gefährlichkeit dieser Verlängerung klarmachen.[15])

---

[13]) Motive II, 415.

[14]) Digesten XIX, 2, 13, 11 und XIX, 2, 14, ebenso ALR. I, 21, 328.

[15]) Elster, Aufsatz: Fiktion, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, nennt gerade § 568 als Beispiel für unwahre Konstruktionen im BGB.

Daß unsere heutige Vorschrift die Tatsache eines äußeren Erfolges, nämlich die Gebrauchsfortsetzung und das Unterlassen eines Widerspruchs binnen Frist zur Herbeiführung der Verlängerung genügen läßt, zeigt deutlich die Absicht, hier aus Gründen der Rechtssicherheit nach dem Ablauf der Frist einen entgegenstehenden Parteiwillen nicht mehr zu berücksichtigen. Dies konnte der Gesetzgeber nie durch eine Vermutung, sondern höchstens durch eine Fiktion erreichen, und diesem Zweck entsprechend stellt die gesetzliche Verlängerung genau so wie die Verlängerung auf Grund der Klausel in ihren Voraussetzungen eine Rechtshandlung dar. Daß hier nur auf den äußeren Erfolg abgestellt wird, erklärt auch die Auffassung, eine Gebrauchsfortsetzung sei bereits in einer Vorenthaltung der Mietsache zu sehen.[16]) Im Erfolg ist nämlich eine solche Vorenthaltung für den Vermieter, der hier hauptsächlich geschützt werden soll, mit einer Gebrauchsfortsetzung gleichbedeutend. Wegen der Rückgabepflicht des Mieters ist es auch nicht unbillig, beides im Erfolg gleichzustellen.

Daß diese rein auf den äußeren Erfolg abstellende Handlung aber auch bei fehlender Geschäftsfähigkeit genügen soll,[17]) ist abzulehnen. Wenn der Eintritt der Verlängerung durch die Geltendmachung eines Widerspruchs während der Frist verhindert werden kann, und dann gemäß § 557 BGB. nur Schadensersatz zu leisten wäre, müssen die Parteien auch in der Lage gewesen sein, einen solchen beabsichtigten Widerspruch wirksam zu erklären, ehe man die schwereren Rechtsfolgen der Verlängerung eintreten läßt. Das Verlangen der Geschäftsfähigkeit ergibt sich also notwendig aus der Einräumung des Widerspruchsrechts und der Kollision zu dieser Schadensersatzvorschrift, es widerspricht aber auch nicht dem Zweck, Rechtssicherheit zu schaffen.

Zur weiteren Bekräftigung des Vorliegens einer Rechtshandlung möchte ich an Hand der Rechtsprechung des Reichsgerichts kurz darlegen, daß hier die notwendigen Voraussetzungen für ein Rechtsgeschäft niemals gegeben sein können:

Das Reichsgericht verlangt bei der Aufstellung des „Begriffs der Willenserklärung“ [18]) einen Willen, der auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges überhaupt gerichtet ist und sieht in juristischen Tatbeständen, bei denen die Rechtsordnung die rechtliche Wirkung allein an einen äußeren Tatbestand knüpft — gleichviel ob sie gewollt ist oder nicht —, kein Rechtsgeschäft.[19]) Es verlangt für den Begriff des Rechtsgeschäfts einen Geschäftswillen, der auf die Beeinflussung des Rechtslebens abstellt, und einen Er-

[16]) Oertmann, Erl. 1 zu § 568. Warneyer, § 568, I. Niendorff, S. 363. Mittelstein, S. 501.

[17]) Klein, S. 38/46. Kohler, Bd. II S. 275.

[18]) Reichsgerichtsentscheidung 68, 324.

[19]) Reichsgerichtsentscheidungen in Warn. 1914 Nr. 218 und JW. 1919, 820.

folgswillen, der auf die Erreichung eines bestimmten Erfolges gerichtet ist. Wo dies beides nicht vorhanden sei, liege auch keine Willenserklärung vor.[20])

Endlich soll entgegen der Ansicht, daß in dem § 568 eine stillschweigende Willenserklärung als Voraussetzung enthalten sei, auf die Auffassung des Reichsgerichts über den Begriff dieser stillschweigenden Willenserklärung hingewiesen werden. Das Reichsgericht[21]) betont: eine solche stillschweigende Willenserklärung liege nur vor, wenn die Handlungen mit Gewißheit die Absicht erkennen lassen, einen Geschäftswillen kundzugeben. Sie dürfe deshalb nur da gefunden werden, wo die Handlung gar keine andere Auslegung zuläßt. Diese Begriffsbildung macht besonders deutlich, daß in unserem Fall, wo gerade eine andere Auslegung oft am Platze wäre (Fortsetzung wegen Krankheit), bestimmt keine stillschweigende Willenserklärung vorliegt.

Da nach dem Zweck unserer Vorschrift gerade der Parteiwille ausgeschlossen sein soll, kann man hier nie von einem Rechtsgeschäft sprechen.

Wenn wir nun wissen, daß der Gesetzgeber hier die Verlängerung als zwingende Rechtsfolge anordnet, und daß dementsprechend die Rechtsfolge durch eine Rechtshandlung herbeigeführt wird, bedarf doch diese Rechtsfolge einer genauen Umschreibung. Es ist nach dem bisherigen Ergebnis (keine Vermutung, sondern Fiktion und kein Rechtsgeschäft, sondern Rechtshandlung) doch nicht ausgeschlossen, daß hier nun durch zwingende Vorschrift die Rechtsfolgen einer vertraglichen Verlängerung eintreten sollen, wie dies ja von der dritten Gruppe von Vertretern in der Literatur angenommen wurde. Deshalb bedürfen die Rechtsfolgen noch einer genaueren Bestimmung.

3. Abschnitt.

Die Rechtsfolgen der gesetzlichen Verlängerung im Gegensatz zu der vertraglichen Verlängerung und die Kritik gegenüber der Literatur.

Zur Bestimmung der vom Gesetzgeber mit der Verlängerung beabsichtigten Rechtsfolgen ist es wertvoll, die Verlängerung von Mietverträgen im römischen und gemeinen Recht unserer heutigen gesetzlichen Verlängerung gegenüberzustellen. Es war schon festgestellt, daß der heute noch übliche Sprachgebrauch, von der stillschweigenden Verlängerung oder der relocatio tacita zu sprechen, irreführend ist. Dieser Sprachgebrauch führt nun auch dazu, daß man nicht nur das Zustandekommen der Verlängerung wie im römischen Recht behandelt, sondern auch die Wirkung der Verlängerung, wie dort als den Abschluß eines neuen Vertrages bestimmt. Daß man im römischen Recht in einer solchen Verlängerung den Abschluß eines neuen Vertrages sah, ergibt sich aus den Digesten, in denen von der E r n e u e r u n g der Verträge bei den drei Arten der relocatio die

[20]) Reichsgerichtsentscheidung 79/305.
[21]) Reichsgerichtsentscheidung in Warn. 1919 Nr. 132.

Rede ist. Der dortige Wortlaut:[1]) „Offenbar vermietet der Eigentümer von neuem, wenn er ein Verbleiben des Pächters duldet", weist deutlich auf die Konstruktion einer stillschweigenden Vertragserneuerung hin. Auch das gemeine Recht hatte im Allgemeinen Landrecht dieselbe Konstruktion.

Bei der Behandlung der Rechtsprechung hatten wir gesehen, daß das OVG. die in den Stempelsteuergesetzen erwähnte Verlängerung von Verträgen ebenfalls noch als Vertragserneuerung behandelt hat.

Unsere Vorschrift im BGB. spricht im Gegensatz hierzu von einer Verlängerung statt von einer Vertragserneuerung. Die in der Literatur vertretene Auffassung, daß in der Vorschrift ein Verweis auf eine im Rechtsleben schon bekannte Verlängerung zu erblicken sei, ergibt sich ebenfalls als abwegig. Denn von einer Rechtsregel über eine Verlängerung von Verträgen kann man im übrigen Rechtsleben außerhalb unserer gesetzlichen Vorschrift nicht sprechen.

Wir hatten bei den verschiedenen Arten der Verlängerung, die im Verkehr möglich sind, gesehen, daß es sich bei der Fortsetzung des Mietverhältnisses durch Vertrag der Mietparteien nach Beendigung des Vertrages in Wahrheit nicht um eine Verlängerung handeln kann. Diese vertragliche Verlängerung ist ein im Rahmen der Vertragsfreiheit abgeschlossener neuer Vertrag. Die Tatsache, daß sich dieser Vertrag an einen gleichen alten Vertrag zeitlich anschließt, berechtigt nicht, hier von einer „Verlängerung" zu sprechen. Verlängern kann man nur einen Vertrag, dessen Beendigung noch nicht eingetreten ist. Hier kann man also keineswegs von einer im Rechtsleben üblichen Verlängerung sprechen, auf die unsere gesetzliche Vorschrift verweisen sollte.

Wirkliche Verlängerungen sind lediglich die auf Grund der Klausel; denn die werden vor der Beendigung schon beim Abschluß des alten Mietvertrages verabredet. Aber auch hier kann sich durch den noch so häufigen Abschluß von Verträgen mit Verlängerungsklausel und die danach erfolgenden Verlängerungen kein Rechtsgrundsatz über die Verlängerung von Mietverträgen bilden. Außerdem hatten wir schon gesehen, daß sich diese Art von Verlängerungen im Reichsrecht zur Zeit der Entstehung des BGB. noch nicht eingebürgert hatte (S. 11 uns. Arbeit).

Weil man daher im Rechtsleben von einer Rechtsregel über Verlängerungen außerhalb unserer Vorschrift nicht sprechen kann, ist es angesichts des Wesens der Fiktion als einer Verweisungsnorm not-

[1]) Digesten XIX, 2, 13, 11 und Digesten XIX, 2, 14; ebenso Allg. Landrecht I 21, 328.

wendig, hier die Berechtigung der Fassung unserer Vorschrift als Fiktion zu bestreiten und gegenüber den Vertretern in der Literatur, die sich bei der Bestimmung der Rechtsfolgen auf den Charakter unserer Vorschrift als Fiktion berufen, Kritik zu üben.

Die Fiktion stellt normalerweise in ihrer Form einen unvollständigen Rechtssatz dar,[2]) indem sie einen anderen Rechtssatz für einen neuen Tatbestand für maßgebend erklärt. Man kann also die Rechtsfolgen normalerweise nur mit Hilfe einer anderen Vorschrift ermitteln. Die Konstruktion beruht daher auf der Ausdehnung von Rechtsfolgen eines Tatbestandes auf einen neuen anderen Tatbestand. Um nun die Anwendung des für den alten Tatbestand geltenden Rechtssatzes auf den neuen Tatbestand herbeizuführen, bedient sich das Gesetz einer technischen Notlüge, wie Ihering[3]) die Fiktionen bezeichnet. Das Gesetz geht nämlich genau den umgekehrten Weg, den es ehrlicherweise gehen müßte. Statt den Rechtssatz selbst auszudehnen, indem es die Rechtsfolgen auch für den neuen Tatbestand anordnet, ändert es den tatsächlichen Sachverhalt (den gesetzlichen Tatbestand) in den Sachverhalt des alten Rechtssatzes (fingierter Tatbestand) um. Das Gesetz fingiert einfach einen anderen Tatbestand, für den schon ein Rechtssatz aufgestellt ist und den es aus historischen oder prinzipiellen Gründen nicht ändern will. So nennt Elster[4]) die Fiktionen Bequemlichkeitssätze zur Vereinfachung der Rechtspflege. Ihering[5]) sieht deshalb den Zweck der Fiktion in der Erleichterung der Schwierigkeiten, die mit der Aufnahme neuer Rechtssätze verbunden sind. Das wesentliche der Fiktion besteht also nicht nur in der Gleichstellung zweier Tatbestände, sondern in der Form. Die Fiktion unterscheidet sich von anderen Rechtssätzen durch die Form, nicht durch den Inhalt.[6]) Der Gesetzgeber hätte denselben Zweck (Ausdehnung eines Rechtssatzes) erreicht, wenn er die rechtlichen Folgen besonders ausgesprochen hätte. Jede echte Fiktion stellt an den Richter die Forderung, sich einen anderen Tatbestand als den wirklichen als vorhanden zu denken.

Die Fiktionen verfolgen aber nicht alle den gleichen Zweck. Vielmehr wird damit einmal die leichtere Anknüpfung eines neuen Rechtssatzes an das bisherige Recht bezweckt; das andere Mal eine Erleichterung der juristischen Vorstellung oder Darstellung.[7]) Ihering weist auf die völlige Verschiedenheit dieser zweiten Art der Fiktionen hin.[8]) Er will dem eingebürgerten Sprachgebrauch, auch hier von Fiktionen zu reden, nicht entgegentreten. Er nennt die Fiktion, die den Zweck hat, einen Rechtssatz auszudehnen, historische (echte) Fiktion und die, die den Zweck hat, die Vorstellung zu erleichtern, dogmatische Fiktion.

Äußerlich erkennt man den verschiedenen Zweck der Fiktion aber nicht, und deshalb hat die Wissenschaft die Pflicht zu untersuchen, was unter der Fiktion verborgen ist.[9]) Die Form erklärt nicht, warum die Übertragung

[2]) Enneccerus § 1 Buch 1 Abschn. I.
[3]) Ihering, Geist des röm. Rechts III § 58 S. 288.
[4]) Elster im Handwb.: Fiktion.
[5]) Geist, III § 58 S. 287.
[6]) Jung, Bürgerl. Recht § 11 S. 485.
[7]) Bierling, Zur Kritik II Nr. 166 S. 85 ff.
[8]) Ihering S. 290.
[9]) Biermann I § 30 und Lehmann § 4 IV.

der Wirkungen stattfindet, und deshalb sind die Fiktionen aufzulösen, worauf Biermann und Lehmann hinweisen.

Gehört der § 568 zu den echten historischen Fiktionen, dann muß der Grund zur Fiktion die Aufrechterhaltung eines anderen Rechtssatzes sein, um deretwillen die technische Notlüge vorgenommen wird. Voraussetzung dafür ist aber, daß ein solcher Rechtssatz, den man aus prinzipiellen Gründen nicht umstoßen will, vorhanden ist. Alle echten Fiktionen im BGB. verweisen auf diesem Gesetz bekannte Rechtsverhältnisse oder Rechtshandlungen und deren Rechtsfolgen: § 108, II verweist auf die Verweigerung der Genehmigung, die dem Gesetz bekannt ist, § 150 auf die Stellung eines neuen Antrages, § 516, II auf die Annahme einer Schenkung, § 911 auf die Früchte des Grundstücks, § 892 auf den richtigen Eintrag des Grundbuchs, § 1256 auf das Erlöschen des Pfandrechts usw.

Unsere Vorschrift verweist auf die Verlängerung der Miete, die dem Rechtsleben, wie wir sahen, sonst unbekannt ist. Der Zweck der Vorschrift ist also nicht der, einen als Rechtssatz aufgestellten Grundsatz der Verlängerung aufrechtzuerhalten.

Wir haben deshalb als Ausgangspunkt für die weiteren Untersuchungen des Wesens unserer Vorschrift festzuhalten, daß ihre Bedeutung keineswegs die eines Verweises auf einen Grundsatz oder eine Rechtsregel der Verlängerung ist. Damit erscheint aber die Ersetzung des wirklichen Tatbestandes der Verlängerung durch einen gedachten Tatbestand der Verlängerung gar nicht mehr notwendig; denn der Grund für eine solche Notlüge, aus prinzipiellen Gründen einen allgemeinen Rechtssatz nicht umzustoßen, ist hier nicht gegeben. Die Forderung Bierlings,[10]) da, wo der wahre Zweck der Fiktion (einen Rechtssatz auf einen neuen Tatbestand auszudehnen) in Wirklichkeit durch die Aufstellung eines neuen Rechtssatzes erfüllt werden kann, die Fiktion fallen zu lassen, ist nirgends mehr berechtigt als hier.

Bei einer anderen Fassung des Gesetzes, z. B.: „so ist das Mietverhältnis verlängert", herrschte vollkommene Klarheit darüber, daß das Wesen der Verlängerung und deren Folgen aus dem gesetzlichen Tatbestand zu entnehmen wären, der sich als Rechtshandlung darstellt. Hierauf weist Jung hin.[11]) Da, wo gar kein alter Rechtssatz existiert, muß ja die Wahrheit, die Aufstellung eines neuen Rechtssatzes, zum Durchbruch kommen.

Der Grund, warum an den Richter die Forderung gestellt wird, sich hier einen anderen Tatbestand als den wirklich vorhandenen

---

[10]) Bierling, Zur Kritik II S. 90 § 166.
[11]) Jung, Bürgerliches Recht S. 485.

vorzustellen, besteht hier lediglich darin, daß die juristische Vorstellung ohne die Fiktion erschwert würde. Es handelt sich also um eine dogmatische Fiktion, denen Ihering mit Recht den Namen Fiktion abstreiten wollte.

Der Gesetzgeber ist zu der Form der Fiktion gekommen, um die Verlängerung des Mietverhältnisses durch einen Rechtssatz überhaupt herbeiführen zu können. Der Grund liegt in der Eigenart dieser Verlängerung, daß im Zeitpunkt der Verlängerung der Zustand eines beendeten Mietvertrages vorhanden ist, den der Gesetzgeber nicht wegleugnen kann, weshalb Bernhöft[12]) hier von rückbezüglichen Fiktionen spricht. Danach wäre die Form der Fiktion deshalb gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber im allgemeinen nur Rechtsfolgen anordnen, aber keine Tatsachen ändern kann. Dann ergibt sich aber aus der Form der Fiktion als ihr Zweck, die Beendigung des Mietverhältnisses zu beseitigen. Die gesetzliche Verlängerung hat dann denselben Zweck, wie die Vertragsklauseln, die auch eine frühzeitige Beendigung des Mietvertrages zu dem alten Termin verhindern sollen. Gesetzliche Verlängerung und Verlängerung auf Grund der Klausel stehen also beide in Gegensatz zu der vertraglichen Mieterneuerung. In den Fällen der Klauselverlängerung braucht man nun die Tatsache der Beendigung niemals wegzuleugnen, sie kann bei richtiger Beurteilung niemals eintreten. Hier in den Fällen der gesetzlichen Fiktion ist aber das alte Mietverhältnis beendigt. *Die Fiktion hat deshalb den Sinn, die Aufstellung eines Rechtssatzes über die Verlängerung überhaupt zu ermöglichen.* Wählt man die Form der Fiktion, so greift man die Tatsache der Beendigung nicht an und kommt doch zu dem Erfolg, daß man die Sachlage bezüglich der Rechtsfolgen so behandelt, als wäre der alte Mietvertrag niemals beendet worden. Zur Begründung dafür, daß die Form der Fiktion hier geeignet ist, kann man auf ähnliche Fälle im BGB. vor allem auf die Aufrechnung gemäß § 389 und die Anfechtung gemäß §§ 142 und 1343 I, 1 hinweisen. Die Form dieser rückbezüglichen Fiktion läßt sich also nur rechtfertigen, wenn die Beseitigung von Rechtsfolgen eines nicht wegzuleugnenden Sachverhalts in Frage kommt. Der Zweck der Vorschrift kann dann hier aber nur die Aufrechterhaltung des alten Mietvertrages sein. Somit ergibt sich, wie ich anfangs sagte, aus der Begründung der Eigenart unserer Fiktion gleichzeitig der Zweck unserer Vorschrift, eine Vertragserweiterung herbeizuführen. Die Fiktion enthält die Anordnung, daß die Rechtsfolgen der Beendigung als nicht eingetreten angesehen werden sollen,

[12]) Bernhöft, Zur Lehre von der Fiktion in Festgabe für Becker.

und die Bestimmung erscheint als Ausnahme von der Beendigung des Vertrages. Das erscheint voll berechtigt, wenn man sich die Stellung unserer Vorschrift im System des Gesetzes ansieht. Der § 568 steht dort im Anschluß an Vorschriften über die Beendigung. Weitere angeschlossene Bestimmungen stellen ebenfalls Ausnahmen von der Beendigung dar. Man denke vor allem an § 571.

Wenn die Form der Fiktion hier demnach zur Erleichterung der juristischen Vorstellung für erforderlich gehalten worden ist, und sie auch zur Bestimmung des Zwecks und damit der Rechtsfolgen der gesetzlichen Verlängerung beitragen kann, so unterscheidet sie sich doch sachlich in keiner Weise von der Form eines gewöhnlichen Rechtssatzes. Deshalb kann man sagen, daß die Fassung nur gesetzestechnische Bedeutung hat und für die Bestimmung der Rechtsfolgen gleichgültig ist, so daß de lege ferendo ihre Beseitigung zu fordern ist.

Sachlich sind die Rechtsfolgen aus dem Zweck der Vorschrift und den tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Verlängerung abzuleiten. Diesen Zweck der gesetzlichen Verlängerung haben wir bereits bei der Kritik gegenüber dem Reichsgericht wegen der vom Reichsgericht vorgenommenen Verfälschung der Verlängerungsklausel näher gekennzeichnet und dabei gesehen, daß die Verlängerungsklausel und die gesetzliche Verlängerung im Gegensatz zu der vertraglichen Verlängerung gerade eine Ausdehnung des alten Vertrages herbeiführen wollen und die Rechtsbeziehungen der Beteiligten gemäß dem alten Vertrage bestehen lassen wollen.

Vor allem ersahen wir aber diesen Zweck aus der geschichtlichen Betrachtung der gesetzlichen Verlängerung im römischen, gemeinen und heutigen Recht.

Daß die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen, also das Zustandekommen der Verlängerung, sich als Rechtshandlung und nicht als Rechtsgeschäft darstellt, haben wir im zweiten Abschnitt dieses Kapitels eingehend dargelegt. Daß beim Vorliegen einer Rechtshandlung als Rechtsfolge die Ausdehnung des alten Vertrages angenommen werden muß, und beim Vorliegen eines Rechtsgeschäfts der Abschluß eines neuen Vertrages, haben die Vertreter der zweiten Gruppe, die in dem Zustandekommen der Verlängerung eine Rechtshandlung sahen, richtig erkannt. Aus der Übersicht über die Literatur ergab sich auch, daß dies die überwiegende Ansicht der Literatur ist. Die Folgerichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich daraus, daß dann, wenn die weiteren Rechtsbeziehungen der Parteien auf einem Rechtsgeschäft beruhen, neben dem Gesetz die Willkür der

Parteien den Rechtsgrund der Verlängerung darstellen würde und sich die Parteien der Rechtsveränderung bewußt wären. Deshalb ist es auch recht und billig, dann in der Wirkung einen neuen Vertrag anzunehmen. Wenn dagegen die Rechtsbeziehungen der Parteien nur auf dem Gesetz beruhen, muß alles möglichst unverändert bleiben. Dann entspricht es sowohl dem Erfordernis der Rechtssicherheit wie dem Verhalten der Parteien, daß die alten Rechtsbeziehungen bestehen bleiben.

Wenn man zur Bestimmung der Rechtsfolgen der Verlängerung deren tatbestandsmäßige Voraussetzungen und deren Zweck maßgebend sein läßt, muß man die Verlängerung in ihren Rechtsfolgen als Vertragsausdehnung kennzeichnen.

5. Kapitel.

Die Fortdauer der Bürgenhaftung ist begründet.

Jetzt, wo feststeht, daß die Mietschulden nach der Fortsetzung des Mietvertrages auch Schulden aus dem Mietvertrage des Erblassers darstellen, ergibt sich aus dem Wesen der Bürgschaft, die sich mangels zeitlicher Begrenzung auf die Dauer des Mietvertrages erstreckt, die Fortdauer der Bürgenhaftung. Daß bei der Beibehaltung der alten Rechtsbeziehungen für die Bürgenhaftung keine Ausnahme gemacht werden kann, ergibt sich aus dem Charakter unserer Vorschrift als Vermieterschutzvorschrift. Die Verlängerung des Mietvertrages gehört zu den gesetzlich möglichen Rechtsfolgen des abgeschlossenen Mietvertrages, über die sich ein vorsichtiger Bürge unterrichten muß.

So sind die Vertreter, die eine Verlängerung des alten Vertrages annehmen, auch mit Recht für das Bestehenbleiben des Ranges des alten Pfandrechts und der Bürgschaft. Oertmann [1]) ist für Weiterbestehen der Haftung des Bürgen, außer wenn deren Umfang auf bestimmte Mietdauer beschränkt sei. Dies liegt ja bei uns nicht vor. Planck [2]) ist für Bestehenbleiben des alten Vermieterpfandrechts, verweist aber für die Bürgschaft auf deren besondere Vorschrift, also auf § 767 BGB. über die Haftungserweiterung, die ich gleich erwähnen werde. Niendorff [3]) führt aus, daß die Erben keine persönliche Vertragshaftung übernähmen und daß daher das bisherige Pfandrecht auch für die neuen Forderungen bestehen bleibe und für sie auch der Bürge hafte, sofern sich die Bürgschaft auf diese künftigen Verbindlichkeiten erstrecke. Brückner [4]) weist darauf hin, daß keine Erneuerung des Mietverhältnisses wie nach gemeinem Recht vorliege, sondern eine Fortsetzung unter sämtlichen Bedingungen, insbesondere unter Fortsetzung des Pfandrechts, stattfinde. Folgerichtig unserer Ansicht über den

---

[1]) Oertmann § 568 Erl. 4.

[2]) Planck § 568 Bem. 3.

[3]) Niendorff S. 366.

[4]) Brückner S. 131 Anm. 2, ebenso OLG. 4 S. 42.

Gegensatz zwischen Willkür und Gesetzeswirkung sind die Anhänger des Rechtsgeschäfts gegen eine Weiterhaftung der fremden Bürgen.[5])

Es entspricht dem Wesen einer Rechtshandlung, daß sie nicht rechtsändernd wirkt wie die Rechtsgeschäfte, sondern nur die durch Gesetz bestimmten Rechtsfolgen verursacht. Das Beibehalten der Bürgenhaftung ist auch mit der Vorschrift des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. vereinbar, nach der nur eine Erweiterung der Bürgenhaftung durch Rechtsgeschäfte des Schuldners ausgeschlossen ist und dementsprechend ein Beibehalten der Bürgenhaftung infolge Rechtshandlung des Schuldners für zulässig erklärt ist.

6. Kapitel.

Billigkeit der Entscheidung und Erleichterung der Rechtsanwendung.

Die Frage, ob unser Ergebnis, die Bürgenhaftung bei Fortsetzung der Miete durch Erben, billig ist, ist sowohl von der Seite des Vermieters wie von der des Bürgen aus zu bejahen. Für den Vermieter hat man bezüglich der Billigkeit vor allem zu fragen, ob er diese weitere Haftung verdient hat. Die Antwort ergibt sich daraus, daß die Vorschrift der Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit dient und eine wirtschaftlich notwendige Vermieterschutzvorschrift darstellt. Die zugunsten des Vermieters eintretenden weitergehenden Folgen gegenüber der Schadensersatzvorschrift des § 557 BGB. sind berechtigt, wenn man bedenkt, daß dieser Schadensersatz trotz eines erfolgten Widerspruches von seiten des Mieters zu leisten ist. Auch von der Stellung des Bürgen aus muß man die Billigkeit bejahen; denn der Bürge muß sich mit allen Rechtsfolgen, die im Rahmen des Mietvertrages entstehen, abfinden. Der Bürge hat sich hier für die Schulden aus einem Vertrage verbürgt, der seiner Natur nach nicht mit dem Tode des Schuldners endet, so daß eine solche Begrenzung besonders ausgemacht werden müßte. Auch der Gesetzgeber hat in der eben genannten Vorschrift des § 767 BGB. die Billigkeit einer Bürgenhaftungserweiterung infolge gesetzlich eintretender Wirkungen bejaht.

Für die Erleichterung der Rechtsanwendung auf unseren Fall muß man besonders darauf hinweisen, daß sich die Fiktion des § 568 in keiner Weise in der Bestimmung der Rechtsfolgen äußert, also etwa auf vertragliche Verlängerung verweist, daß die Bestimmung der Rechtsfolgen vielmehr aus dem gesetzlichen Tatbestand vorzunehmen ist. Die Fiktion äußert sich nur in dem Zweck der Vorschrift,

---

[5]) Staudinger Anm. V zu § 568; Cosack, II § 242 und Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen S. 101.

hier durch Gesetz, eine Verlängerung des Mietvertrages überhaupt zu ermöglichen. Der Gesetzgeber sah sich dazu aus gesetzestechnischen Gründen veranlaßt, weil er hier nicht nur Rechtsfolgen anordnen wollte, sondern weil er die Rechtsfolgen eines tatsächlichen Sachverhalts, der Beendigung des Mietvertrages, beseitigen wollte. Sachlich würde dieser Zweck ohne die Form einer Fiktion ebenso gut erreicht werden, weshalb die Beseitigung der Fassung unserer Vorschrift als Fiktion wie bei allen dogmatischen unechten Fiktionen zu fordern ist.

Für die Rechtsanwendung ist es schließlich wertvoll, auf die Kollision unserer Vorschrift mit der Schadensersatzvorschrift des § 557 BGB. hinzuweisen. Diese Vorschrift gibt dem Vermieter bei Vorenthaltung der Wohnung nach der Beendigung des Mietverhältnisses lediglich einen Entschädigungsanspruch in Höhe des vereinbarten Mietzinses. Wenn man bedenkt, daß die Gebrauchsfortsetzung einer „Vorenthaltung der Wohnung", wie sie im § 557 verlangt wird, vollkommen gleichkommt, zeigt sich, wie inhaltlich nahe diese Bestimmungen sind. Die Vorenthaltung im Sinne des § 557 schließt gleichzeitig die Gebrauchsfortsetzung im Sinne des § 568 in sich, weil auch die Vorschrift des § 568 nicht geradezu ein positives Gebrauchen voraussetzt, sondern auch dort ein Vorenthalten der Mietsache genügt.[6]) Wird also im Falle der Fortsetzung des Gebrauchs der Mietsache die Verlängerung des Mietverhältnisses dadurch beseitigt, daß der Widerspruch nach § 568 erklärt wird, so kommt die Schadensersatzvorschrift zur Anwendung.[7]) *Gerade bei Gegenüberstellung der beiden Vorschriften erscheint es billig, daß bei der Verlängerung nicht nur der Mietzins weiter gezahlt wird, sondern auch alle sonstigen Bedingungen des alten Vertrages einschließlich der Bürgschaften beibehalten werden.*

Die Kollision der beiden Vorschriften zeigt endlich auch deutlich, daß *lediglich unsere Bestimmung eine Ausnahmevorschrift zur Beendigung des Mietvertrages* darstellt.

---

[6]) Oertmann, § 568 Erl. 1, Warneyer, § 568 I, Niendorff, S. 363, Mittelstein S. 501 a. M., Planck, § 568 Bem. 2a, der einen tatsächlichen Gebrauch fordert. Vgl. dazu S. 30 uns. Arbeit.

[7]) Mittelstein S. 501—503, Staudinger Anm. II, 3, Warneyer I, Oertmann Erl. 1.

Lebenslauf.

Am 26. Mai 1908 wurde ich als Sohn des Regierungssekretärs Paul Buchholtz in Magdeburg geboren. Nach Versetzung meines Vaters nach Potsdam besuchte ich dort ab Oktober 1917 das humanistische Viktoria-Gymnasium, wo ich 1928 meine Reifeprüfung ablegte. Während der Schulzeit war ich ein halbes Jahr in Finnland.

Mein juristisches Studium begann ich im Wintersemester 1928 auf der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, der ich vier Semester angehörte. Die folgenden zwei Semester studierte ich an der Friedrichs-Universität zu Halle/Wittenberg. Die für das Wintersemester 1931 angekündigte Schließung der dortigen Universität veranlaßte mich, an die Philipps-Universität nach Marburg zu gehen, der ich bis zu meiner am Oberlandesgericht in Kassel bestandenen ersten juristischen Staatsprüfung im Dezember 1932 angehörte.